Die Sorge für die Person des Kindes nach B. G. B.

Inaugural-Dissertation

verfaßt und der

Hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kgl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

Erlangung der rechts- und staatswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Wilhelm Stölzle

Rechtspraktikant

aus

Würzburg.

ACAD. IURIDICA BIBL.

Würzburg 1912

Gebrüder Memminger, G. m. b. H.

Abteilung Buchdruckerei.

Vorwort.

Es sei dem Verfasser gestattet, auch an dieser Stelle seinem hochverehrten Lehrer Herrn Prof. Dr. **E. Mayer** für die gütige Ueberlassung vorliegenden Themas wärmsten und herzlichsten Dank auszusprechen.

Der Verfasser.

Inhaltsübersicht.

Seite

§ 1. Einleitung 1

I. Kapitel.

Historische Entwicklung.

I. Abschnitt.

Die Entwicklung bis zum 19. Jahrhundert.

§ 2. Die patria potestas im römischen Recht 3
§ 3. Die Munt im älteren deutschen Recht 6
§ 4. Die Munt im Mittelalter vor der Rezeption . . . 7
§ 5. Einfluß der Rezeption 9

II. Abschnitt.

Die großen Kodifikationen des 19. Jahrhunderts.

§ 6. Das bayerische Landrecht 10
§ 7. Code Napoléon 12
§ 8. Das badische Landrecht 14
§ 9. Das preußische Landrecht 15
§ 10. Das sächsische Bürgerliche Gesetzbuch 18

II. Kapitel.

Inhalt der Sorge für die Person des Kindes nach geltendem Recht.

§ 11. Einleitende Bemerkung 20

I. Abschnitt.

Tatsächliche Fürsorge.

§ 12. Erteilung eines Vornamens 20
§ 13. Erziehung des Kindes 22
1. Die rechtliche Natur der Erziehungsgewalt. . . 23
2. Inhalt der Erziehungsgewalt 23
a) Die körperliche Erziehung 24
b) Die geistige Erziehung 25

Seide

α) Die allgemeine Vorbildung 25
β) Speziell das Recht der Berufswahl . . . 26
c) Die religiöse Erziehung 29
§ 14. Das Recht auf Züchtigung 34
§ 15. Recht und Pflicht der Aufsicht 37
1. Die rein zivilrechtliche Haftung 38
2. Einschreiten des Vormundschaftsgerichts . . . 40
3. Strafrechtliche Verantwortlichkeit 40
§ 16. Aufenthaltsbestimmung 41
§ 17. Das Recht auf persönlichen Verkehr 44
§ 18. Das Recht auf Herausgabe des Kindes 47
§ 19. Verzicht auf die tatsächliche Fürsorge 54

II. Abschnitt.

§ 20. Das Recht der Vertretung in den die Person betreffenden Angelegenheiten 57
I. Begriff der Vertretung 57
II. Inhalt der Vertretung 59
A. Auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts . . 59
B. Auf dem Gebiete des Privatrechts . . . 62
1. Die Vertretung im technischen Sinn . . 62
2. Die spezifisch gesetzliche Vertretung . . 63

III. Kapitel.

Die Träger der Personensorge.

I. Abschnitt.

§ 21. Die Person der Gewaltunterworfenen 66
1. Das eheliche Kind 66
2. Das ehelich erklärte Kind 67
a) Durch nachfolgende Ehe. 67
b) Durch Verfügung der Staatsgewalt . . . 67
3. Das adoptierte Kind 68
4. Das uneheliche Kind 69
5. Kinder aus nichtiger und anfechtbarer Ehe . . 71

II. Abschnitt.

Die Träger der Personensorge kraft Gesetzes.

1. Abteilung: Beide Elternteile leben.

§ 22. In rechtmäßig bestehender Ehe, bezw. tatsächlich getrennt 74
§ 23. Die elterliche Gewalt eines Elternteils ruht . . . 77
I. Geschäftsunfähigkeit 77
a) des Vaters 77
b) der Mutter 78
c) beider Teile. 78

Seite

II. Beschränkte Geschäftsfähigkeit, bezw. Pfleger . . 78
a) auf Seite des Vaters 78
b) auf Seite der Mutter 78
c) auf Seite beider Teile 78
III. Tatsächliche Verhinderung 79
a) des Vaters 79
b) der Mutter 79
c) beider Teile 79
§ 24. Beendigungsgründe der elterlichen Gewalt . . . 79
1. Verwirkung 79
2. Adoption 81
§ 25. Beide Elternteile leben geschieden 82
1. Scheidung wegen Geisteskrankheit 82
2. Scheidung wegen Verschuldens 82

2. Abteilung: Ein Elternteil ist tot.

§ 26. Der Vater bezw. die Mutter stirbt 85

3 Abteilung:

§ 27. Beide Elternteile sind tot 87

III. Abschnitt.

Die Träger der Personensorge kraft gerichtlicher Anordnung.

§ 28. Voraussetzungen für ein gerichtliches Einschreiten . 87
1. Die Fälle des § 1666 bezw. 1686 B. G. B. . . 88
2. § 1838 B. G. B. 90
3. § 55 R. St G. B. 90
4. §§ 56 und 362 Abs. 3 R. St. G. B. 90
5. Nach Landesrecht zur Verhütung des völligen sittlichen Verderbens. E. G. zu B. G. B. Art. 135. . . . 90
§ 29. Art und Inhalt des gerichtlichen Einschreitens . . 90
1. Maßnahmen, die das Vormundschaftsgericht selbst durchführt 90
2. Maßnahmen, deren Durchführung das Vormundschafts- bezw. Strafgericht lediglich anordnet 91

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549811_0132

Verzeichnis der benützten Literatur.

1. André, Verträge zwischen Eltern über die Erziehung ihrer Kinder. Marburg 1905.
2. Asmus, Die Pflegschaft neben der elterlichen Gewalt und Vormundschaft. Borna-Leipzig 1909. Diss.
3. Barazetti, Das Eltern- und Kindesrecht nach dem Code Napoléon und dem badischen Landrecht. Hannover 1896.
4. Barthelmeß, Gesetz betr. die Berufsvormundschaft vom 23. Februar 1908. München 1908.
5. Brinz, Lehrbuch der Pandekten, III. Band. 2. Abteilung. Erlangen 1888.
6. Buchert, Sammlung in der Praxis oft angewandter Verwaltungsgesetze für das Königreich Bayern. 3. Auflage. München 1911.
7. Bulling, Die deutsche Frau und das B. G. B. Berlin 1896.
8. Burchardi, Das gemeinrechtliche Erziehungsrecht. d) Archiv für die civilistische Praxis. Band VIII.
9. Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 5. Aufl. Jena 1910.
10. Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. IV. Band. Tübingen 1908.
11. Danzer, Das Bayerische Landrecht vom Jahre 1756 in seiner heutigen Geltung. München 1894.
12. Danziger, Verträge zwischen Eltern über die Sorge für die Person ihrer Kinder nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Borna-Leipzig 1908. Diss.
13. Dernburg, Deutsches Familienrecht. 4. Aufl. Halle 1908.
14. Dernburg, Pandekten III. Band. 5. Aufl. Berlin 1897.
15. Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des B. G. B. Band II. Berlin 1904.
16. Eckard, Das elterliche Recht auf Herausgabe der Kinder. Diss. Rostock 1900.
17. Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. II. Band. 2. Abteilung. Berlin 1908.
18. Erhard, Napoleons I. Bürgerliches Gesetzbuch. Dessau und Leipzig 1808.
19. Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, Handausgabe. 8. Aufl. München 1909.
20. Fuld, Der Staat und die elterliche Gewalt in Gruchot, Beiträge zur Erl. des deutschen Rechts. 38. Jahrgang. 1894.
21. Gengler, Lehrbuch des deutschen Privatrechts, II. Teil. Erlangen 1862.
22. Gierke, Der Entwurf eines B.G.B. und das deutsche Recht. Leipzig 1889.
23. Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten, II. Teil. Erlangen 1791.
24. Grotefend, Das Allgemeine Preußische Landrecht. Düsseldorf 1879.
25. Güttler, Die religiöse Kindererziehung im deutschen Reiche. Berlin und Leipzig 1908.
26. Gutachtliche Aeußerungen zu dem Entwurf eines B. G. B. gefertigt im Reichs-Justizamt. IV. Buch Familienrecht. Berlin 1890.
27. Hachenburg, Das Badische Landrecht. Mannheim 1887.
28. Hachenburg und Heinsheimer, Das Badische Landrecht, Ergänzungsband. Mannheim 1896.
29. Heise-Cropp, Juristische Abhandlungen. Hamburg 1827. Nr. XVI: Gibt es nach deutschem und insonderheit nach frankfurtischem Rechte eine potestas der Mutter über ihre Kinder?

30. Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts. I. und II. Band. Leipzig 1885.
31. Jastrow, Das Recht der Frau nach dem B. G. B. Berlin 1897.
32. Kahl, Die Konfession der Kinder aus gemischter Ehe. Freiburg und Leipzig 1895.
33. Knitschky, Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern nach dem B. G. B. Berlin 1899.
34. Kraut, Die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts. Band I—III. Göttingen 1835.
35. Kreittmayr, Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum Bavaricum civilem. München 1759.
36. Kriegelii fratres, Corpus iuris civilis, Lipsiae 1887.
37. Kuby, Familienrecht. Kaiserslautern 1900.
38. Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. III. Teil. Berlin 1901.
39. Lindner, Die Konfession der Kinder nach dem geltenden bayerischen Rechte. München 1894.
40. Lizius, Kinder aus geschiedenen Ehen. Diss. Aschaffenburg 1908.
41. Loening Edgar, Artikel Zwangserziehung im Handwörterbuch der Staatswissenschaften. 3. Aufl. VIII. Band. Jena 1911.
42. Mayer, Die Kirchenhoheitsrechte des Königs von Bayern. München 1884.
43. Mittermayer, Die neueste Gesetzgebung über das Vormundschaftswesen im Archiv für die civ. Praxis. XVI. Band S. 199 ff.
44. Mugdan, Die gesamten Materialien zum B. G. B. für das Deutsche Reich. IV. Band Familienrecht. Berlin 1899.
45. Neumann, Handausgabe des B. G. B. Berlin 1905.
46. Oertmann, Bayerisches Landesprivatrecht. Halle 1903.
47. Opet, Das Verwandschaftsrecht des B. G. B. für das Deutsche Reich. Berlin 1899.
48. Opet-Blume, Das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1906.
49. Pfaff, Gutachten: Soll an Stelle der väterlichen Gewalt eine (der Mutter subsidiär zustehende) elterliche Gewalt im B. G. B. aufgenommen werden und mit welchen Modalitäten? Verhandlungen des XIX. Deutschen Juristentages. Berlin-Leipzig 1888.
50. Von der Pfordten, Das bayerische Gesetz betr. die Zwangserziehung vom 10. V. 1902. München 1902.
51. Piloty-Sutner, Die Verfassungsurkunde des Königreichs Bayern. München 1907.
52. Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. IV. Band. Familienrecht (erläutert von K. Unzner). 3. Aufl. Berlin 1906.
53. Proetzsch, Die elterliche Gewalt der Mutter nach dem B. G. B. für das Deutsche Reich. Borna-Leipzig 1909.
54. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des B. G. B. Band IV, Familienrecht. Berlin 1897.
55. Reichsgerichtsräte, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. II. Band, Familienrecht-Erbrecht. Nürnberg und Leipzig.
56. Roth, System des Deutschen Privatrechts. II. Teil, Familienrecht. Tübingen 1881.
57. Rothe, Die elterliche Gewalt der Mutter nach dem B. G. B. Berlin 1905.
58. Salkowski, Lehrbuch der Institutionen und der Geschichte des römischen Privatrechts. 4. Aufl. Leipzig 1883.
59. Sartorius, Die religiöse Erziehung der Kinder aus gemischten Ehen nach bayerischem Rechte. Nördlingen 1887.
60. Scherer, Familienrecht des B. G. B. für das Deutsche Reich. Erlangen 1900.
61. v. Scheurl, Die Staatsgesetzgebung über die religiöse Kindererziehung. In der deutschen Zeitschrift für Kirchenrecht. 3. Folge, I. Band. 1892.

62. Schmidt, Das preußische Familienrecht nach dem allgemeinen Landrechte. Leipzig 1843.
63. Schmidt, Die Konfession der Kinder nach den Landesrechten im Deutschen Reiche. Freiburg 1890.
64. Schubert, Das elterliche Erziehungsrecht nach dem B. G. B. Berlin 1903.
65. Sehling, Die religiöse Erziehung der Kinder und der Entwurf eines B. G. B. für das Deutsche Reich. Erlangen-Leipzig 1891.
66. Seydel-Graßmann, Das Staatsrecht des Königreichs Bayern. 3. Aufl. Tübingen-Leipzig 1903.
67. Siebenhaar-Siegmann, Kommentar zu dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen. Leipzig 1864.
68. Spahn, Verwandtschaft und Vormundschaft nach dem B. G. B. Berlin 1900.
69. Staudinger, Kommentar zum B. G. B. und dem Einführungsgesetze. 5/6 Aufl. München und Berlin 1910, 1911.
70. Stobbe, Handbuch des Deutschen Privatrechts. IV. Band, Familienrecht von Lehmann. Berlin 1900.
71. Stölzel, Das Recht der väterlichen Gewalt in Preußen. Berlin 1874.
72. Sydow-Busch, Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz. 13. Aufl. Berlin 1910.
73. Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl. Frankfurt 1901.
74. Wolfbauer, Darstellung der Zwangserziehung in Bayern. München 1909.
75. Zoepel, Deutsche Rechtsgeschichte. III. Band. Braunschweig 1872.

Weiter benützte Literatur ist in den Anmerkungen zitiert.

§ 1.

Einleitung.

Man hat den Zeitraum, in dem wir leben, das Jahrhundert des Kindes genannt. Es ist insbesondere die Wissenschaft der Pädagogik, die sich mehr denn je mit dem Kinde beschäftigt. Aber an den Bestrebungen, das Seelenleben des Kindes und seine Eigenart zu begreifen unter steter Berücksichtigung des Umstandes, daß das Kind in geistiger und körperlicher Hinsicht im Stadium der Entwicklung sich befindet und für alle von außen kommende Einflüsse nur zu empfänglich ist, an diesen Bestrebungen kann und will auch die Gesetzgebung nicht achtlos vorübergehen. So kennt unser öffentliches Recht einen weitgehenden Schutz gegen die Gefahren, die dem Jugendlichen im gewerblichen Betriebe drohen. Um den Minderjährigen, den jugendlicher Leichtsinn und Verführung, mangelnde oder fehlerhafte Erziehung in Konflikt mit den Strafgesetzen kommen ließen, womöglich dauernd vor weitergehender sittlicher Verwahrlosung zu retten, finden die Jugendlichen vor den sogen. Jugendgerichten eine ihrer Eigenart entsprechende Behandlung. Der Entwurf der neuen Strafprozeßordnung wollte dieses Verfahren noch weiter ausbauen. Auch die soeben in Kraft getretene sogen. kleine Strafgesetznovelle vom 19. Juni 1912 (R. G. Bl. 1912, S. 395 ff.) hat für die körperliche Mißhandlung eines Jugendlichen im § 223a Abs. 2 St. G. B. eine eigene, vollkommen neue Strafbestimmung vorgesehen.

So mag es begreiflich erscheinen, daß hier auch vom Standpunkt des Zivilrechts aus eine eingehende Darstellung aller der Vorschriften versucht wird, die sich auf die Person des Kindes beziehen; schon aus dem Grunde, weil in der Literatur von jeher die vermögensrechtliche Seite im Verhältnis zwischen Eltern und Kindern eine viel größere Rolle gespielt hat und deshalb stets auch ausführlicher behandelt wurde. Und doch ist gerade das rein personenrechtliche Verhältnis das ungleich wichtigere und eine Verletzung der hierauf sich beziehenden Normen von viel einschneidenderen und verhängnisvolleren Wirkungen begleitet.

Wie das Thema sagt, scheidet alles, was sich auf die vermögensrechtliche Seite bezieht, in der Darstellung der geschichtlichen Entwicklung und des geltenden Rechts von vornherein aus. Und auch bei Entwicklung der Rechtssätze über die Personensorge selbst wird durchweg nur ausgegangen von dem Verhältnis zwischen Eltern und Kind als dem Regelfall. Die Personensorge außerhalb des elterlichen Verhältnisses, also das Recht der Vormundschaft, das Recht der unehelichen Kinder kann im Rahmen dieser Arbeit nur gestreift, geschweige denn eingehend behandelt werden.

Bei dem Versuche einer historischen Entwicklung ist sich der Verfasser wohl bewußt, daß er nicht mehr wie eine Uebersicht über die Prinzipien gegeben hat. Aber eine erschöpfende und ins Detail gehende Darstellung des an sich hochinteressanten Werdegangs des Institutes „väterliche Gewalt" wäre eine lohnenswerte Aufgabe für sich.

So konnte es sich bei Betrachtung der Rechtsformen, die der nunmehr geltenden elterlichen Gewalt in der Vergangenheit entsprachen, hauptsächlich nur um die drei Fragen handeln:

Welches ist und war der wesentliche Inhalt der väterlichen Gewalt?

Welchen Anteil hatte hieran die Mutter?

Hat der Staat einen Einfluß auf die Erziehung durch die Eltern ausgeübt, d. h. wie reagierte er gegen einen Mißbrauch der elterlichen Befugnisse?

I. Kapitel.
Historische Entwicklung.

I. Abschnitt.
Die Entwicklung bis zum 19. Jahrhundert.

§ 2.
Die patria potestas im römischen Recht.

Die patria potestas oder die väterliche Gewalt des römischen Rechts war nicht eine Schutzgewalt, die etwa ausschließlich das Wohl der ihr unterworfenen bezielte, sie bestand lediglich im Interesse des Inhabers der p. p. selbst. Ein alleiniges Vorrecht des römischen Hausvaters [1]) näherte sie sich einem absoluten Herrschaftsrecht, das die Rechtsfähigkeit der hausuntertänigen Kinder fast gänzlich zu absorbieren schien [2]). Die Hausmutter hatte an dieser Gewalt keinen Anteil, denn sie war ja selbst durch die Ehe in eine so strenge Gewalt des Mannes gekommen, daß sie im Verhältnis zu ihm wie eine filia familias betrachtet wurde [3]) und den in der p. p. desselben befindlichen Kindern gegenüber sororis loco galt [4]). Im römischen Recht hat danach die Mutter auf die Personensorge der Kinder rechtlich betrachtet gar keinen Einfluß; rein tatsächlich wird ihr Einfluß wenigstens in der ersten Jugendzeit des Kindes mindestens ebenso groß als der des Mannes gewesen sein.

Wesen und Inhalt dieser p. p. erklären sich aus der Auffassung, die man damals von der Stellung des Hausvaters hatte. Alle Rechte, die dieser über und inbezug auf die Person des Kindes hatte, bestanden in seinem eigenen Interesse. Es ist schon bezeichnend, daß des väterlichen Erziehungsrechtes in den Quellen nicht eigens oder doch nicht direkt Erwähnung getan wird. Vielmehr liegt in dem Rechte des Vaters das Kind bei sich zu haben, stillschweigend auch das Recht zu erziehen [5]). Unser B. G. B.

[1]) Glück, II. Teil S. 205 und § 2 J I. 9 und fr. 3 und 4 D. I. 6. [2]) Salkowski, S. 134. [3]) Glück a. a. O. und § 3 J II. 19. (quia feminae in potestate liberos non habent. [4]) Salkowski, S. 130. [5]) Brinz, Bd. III, S. 614 und D 27, 2 und C 5, 24.

steht auf entgegengesetztem Standpunkt. Hier wird aus dem Rechte das Kind zu erziehen als notwendiges Hilfs- und Nebenrecht, das um des ersteren willen dem Vater zustehen soll, das Recht den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen gefolgert. Das römische Recht dagegen erwähnt das Erziehungsrecht nur nebenbei, als Hauptrecht erscheint gleichsam der Besitz der Person des Kindes.

Wenn Brinz [1]) die väterliche Gewalt eine vierfache nennt, so ist hier für uns von besonderem Interesse, daß dieselbe eine Art Gebrauchsrecht und eine Art Dispositionsmacht über die Person des Kindes in sich schließt. In dem Gebrauchsrecht, nämlich der Befugnis zur Verwendung der Kinder für die zum Unterhalt und Wohlstand der Familie nötigen Arbeiten, dem Rechte zur Verdingung des Kindes, liegt auch die Befugnis zur Brauchbarmachung, d. i. zur Erziehung des Kindes, es sei nun zum Hausgebrauch oder zu weiterer Tüchtigkeit. Eine Erziehung also im Interesse des Hausherrn um die Arbeitskraft des Mündels kapitalistisch verwerten zu können.

Dieses Gebrauchsrecht setzt eine Art Besitzrecht [2]) voraus, das der Vater im Wege der Klage geltend machen kann; nicht mit der rei vindicatio kann er gegen den vorgehen, der ihm das Kind widerrechtlich vorenthält. [3]) Denn ein Besitz am freien Menschen ist unmöglich [4]). Dafür ist ihm das interdictum de liberis exhibendis et ducendis gegeben [5]), immerhin ein rein sachenrechtlich gestalteter Anspruch, den auch unser Bürgerliches Gesetzbuch (1632) kennt, bezw. aus dem römischen Rechte übernommen hat.

Die zur reinen Herrschaft gestaltete väterliche Gewalt findet eine weitere starke Stütze in einem ausgedehnten Recht auf Züchtigung gegenüber dem ungehorsamen und unbotmäßigen Kinde [6]).

Das Wesen der patria potestas zeigt sich aber ganz besonders in ihrer Dauer und in der Art, wie dieses Verhältnis sein Ende finden kann. Das römische Recht ist nur konsequent, wenn nach seinen Bestimmungen die Gewalt, die ausschließlich dem Interesse des Hausvaters dient, ihr Ende grundsätzlich auch erst mit dem Tode desselben findet. Es sind demnach Volljährigkeit des Sohnes oder der Tochter, Ausscheiden des Sohnes aus dem elterlichen Haushalt, dessen Verheiratung kein Beendigungsgrund für

[1]) Brinz, a. a. O., S. 594. [2]) Brinz, III. Buch, II. Teil S. 594. [3]) Eckard, S. 30, l. 1 § 2 D 6. 1. [4]) Brinz, a. a. O., l. 23 § 2 D. XLI, 2 § 1 l. 30. D. XLI 2. [5]) D. XLIII 30. de liberis exhibendis, item ducendis. [6]) l 3 C. VIII. 47. de patria potestate.

die patria potestas, vielmehr fallen auch die Enkel in die väterliche Gewalt des Großvaters [1]).

Von den ausnahmsweisen Möglichkeiten einer Beendigung der p. p. bei Lebzeiten des Gewalthabers, wie adoptio, emancipatio usw., interessieren hier nur zwei Gründe der Aufhebung: Einmal kann die väterliche Gewalt aufhören zu Ehren des Kindes; verschiedene Würden waren nämlich dergestalt privilegiert, daß sie von der väterlichen Gewalt befreien [2]). Unserem Rechte ist ein solcher Aufhebungsgrund vollkommen fremd.

Die väterliche Gewalt kann aber auch verwirkt werden, wie sich aus den Quellen des neueren Kaiserrechts zweifelsfrei ergibt [3]). So bei Verkuppelung der Tochter [4]), Kindesaussetzung [5]); ebenso dann, wenn der Vater zu einer zweiten blutschänderischen Ehe schreitet, sollen die Kinder der ersten Ehe gewaltfrei werden [6]). In diesen Bestimmungen finden wir bereits einen Ansatz zu dem Gedanken, der unserem § 1666 bezw. 1680 B. G. B. zugrunde liegt. Auch die Einrede, die die Mutter gegenüber der Klage des Vaters auf Herausgabe des Kindes, mit Erfolg geltend machen kann, wonach das Kind propter nequitiam patris bei ihr besser aufgehoben ist, garantiert dem Kinde einen Schutz gegen einen Mißbrauch der Erziehungsgewalt [7]). Das römischrechtliche Prinzip einer rein eigennützigen Gestalt der elterlichen Gewalt findet dadurch eine nicht unerhebliche Durchbrechung. Doch ist von einer Ersatzerziehung im Sinne unserer modernen Zwangserziehung natürlich nirgends die Rede.

Der Inhalt dieser patria potestas war nicht immer der gleiche. Wohl wurde ihr Hauptinhalt, nämlich die Erziehung der Kinder als Ausfluß des ius naturale betrachtet [8]); allein im älteren römischen Recht war dieses natürliche Erziehungsverhältnis zu der exorbitanten väterlichen Gewalt erweitert, die das ius vitae ac necis enthielt [9]), die dem Vater das Recht der noxae datio gab [10]), wonach er sein Kind aussetzen und verkaufen [11]) durfte und die ihm volle Gerichtsbarkeit über alle seine Hausgenossen gab [12]).

Alle diese Rechte sind in der Kaiserzeit schon verschwunden, ja der Gewalthaber kann ein stärkeres Züchtigungsrecht nicht ohne Mitwirkung der Obrigkeit ausüben [13]).

---

[1]) § 3 J I. 9. fr. 4 D I. 6. [2]) Glück, S. 339. § 4 J I. 12. caput I § 1 Nov. LXXXI. l 5 C XII. 3. [3]) Salkowski, S. 143. [4]) l 6. C. XI. 40. [5]) l 2. C VIII. 52. [6]) Cap. II. Nov. XII. de incestis et nefariis nuptiis. [7]) l 3 § 5 D. XLIII. 30. [8]) Burchardi, S. 162. § 3 fr. 1 D I. 1. [9]) l 10. C. VIII. 47. „olim"! [10]) § 7 J IV. 8. Glück 214. [11]) l 2. C. IV. 43. [12]) Brinz, S. 595. [13]) „Acriore remedio" l 8 C VIII. 47.

Allmählich gewinnt auch die Mutter einen steigenden rechtlichen Einfluß auf die Erziehung ihrer Kinder. Das läßt sich aus fr. 4 D XXVII 10. ableiten, wo die potestas der Eltern als inaequalis bezeichnet wird. Daraus folgt doch wohl, daß der Mutter, wenn auch in bescheidenem Umfange, doch schon Rechte eingeräumt sind. War diese Gewalt auch nur Schattenwerk [1]), so bedeutet das gegenüber den früheren Zeiten vollkommener Rechtlosigkeit immerhin einen Fortschritt. Es dämmert allmählich der Gedanke von einem gleichen Rechte beider Elternteile.

Die Darstellung der Personensorge im römischen Rechte wäre nicht vollständig, wenn nicht auch der Vormundschaft gedacht wäre. Allein cura und tutela bedeuten niemals Sorge für die Person, sondern immer nur Vertretung in Vermögensangelegenheiten [2]).

§ 3.

Die Munt im älteren deutschen Recht.

Ueber das der väterlichen Gewalt des römischen Rechts auf deutschem Boden entsprechende Institut besteht bis auf den heutigen Tag in der Literatur Streit. Wenn man aber von der allgemeinen Erwägung ausgeht, daß der Entwicklungsgang der Völker auch im Rechtsleben in seinen Grundzügen ein ganz analoger ist, so wird man meines Erachtens der durchaus logischen Ansicht Heuslers beipflichten müssen.

Alle Familiengewalten gehen aus von dem Grundbegriffe der Macht [3]), die dann, wenn in der weiteren Entwicklung des Volkslebens Recht und Sitte normbildende Faktoren geworden sind, „dem Familienhaupte zum Rechte gegenüber anderen Familienhäuptern wird und Anerkennung von diesen verlangt. Das Verhältnis nach innen, die Herrschaft über die Untergebenen ist dem Rechte zunächst gleichgiltig“ [4]). Es steht dem Gewalthaber unbeschränkte Willkür gegen die Gewaltunterworfenen zu. „Diese unumschränkte Herrschaft — die Munt — war ihrem Begriffe nach kein Schutzverhältnis im Interesse des Untergebenen, sondern Gewalt im Interesse des Hausherrn; darum kann dieser sie beanspruchen, nicht aber jener sie verlangen. Ihr Motiv liegt daher nicht in bestimmten Eigenschaften oder Mängeln der Untergebenen, sondern in dem Interesse

[1]) Glück, S. 223. [2]) Brinz, S. 804. f. [3]) Pfaff, S. 202. [4]) Heusler I. 105.

der einheitlichen Leitung des Hauswesens durch den, der es zu vertreten hat [1]).“

Als Inhalt der Munt in der ältesten Zeit begegnet uns hier, wie im römischen Recht, die Befugnis, das Kind wegen eines Verbrechens zu töten [2]); der Gewalthaber kann das Kind aussetzen, wenn schon genug Kinder da sind und die Auferziehung des neuen Abkömmlings beschwerlich fiel, ein Recht, das in abgeschwächter Form nur auf den Fall beschränkt wurde, wenn das Neugeborene ein schweres körperliches Gebrechen an sich trug [3]). Das Recht des Vaters, das Kind in die Knechtschaft zu verkaufen, wird in den Quellen unumwunden als herkömmlich anerkannt [4]). Und endlich aus dem Recht die Kinder zu verheiraten oder in ein Kloster zu geben — also unumschränkte Dispositionsmacht über die Person des Kindes — ist im Laufe der Zeit nur ein Consensrecht übrig geblieben [5]).

Eine Gewalt, die solche Befugnisse kennt, kann nicht als Schutzgewalt, sondern als reine Willkürherrschaft bezeichnet werden.

Von einer Erziehungspflicht, deren gewissenhafte Erfüllung durch eine staatliche Aufsicht garantiert ist — der Grundgedanke unserer modernen Gesetzgebung — ist im älteren deutschen Rechte nirgends die Rede, wäre auch mit der geschilderten Auffassung unvereinbar.

In der altgermanischen Familie, in der die väterliche Macht keine andere ist als jene, welche den Mann zum Herrn über Herden und Sklaven macht [6]), kann von einer mütterlichen Gewalt keine Rede sein. Das Weib gehört dem Mann als ein Teil seines Besitzes und ihre Kinder gehören ihm, weil die Mutter ihm gehört [7]). Daß die Mutter zumal in den ersten Lebensjahren des Kindes großen Einfluß auf die Erziehung ausübt, ist selbstverständlich; aber — und darauf allein kommt es an — juristisch ist nur eine väterliche Gewalt vorhanden.

§ 4.

Die Munt im Mittelalter vor der Reception.

Dieser Begriff der Munt — also ein reines Gewaltverhältnis im Interesse des Gewalthabers, besteht in der geschilderten starren, fast grausamen Form nur im frühesten Mittelalter. Wenn sich aber allmählich im Gegensatz zu den

---

[1]) Heusler I. 119. [2]) Heusler II. S. 431. [3]) Heusler a. a. O. [4]) Heusler II. S. 432. [5]) Heusler a. a. O. Krant. II. 60. [6]) Lippert, Geschichte der Familie 1884 S. 95 f. [7]) Lippert a. a. O.

Rechten des Vaters auch Rechte der Kinder und Pflichten des Vaters entwickelt haben, so ist wohl der Muntbegriff der gleiche, alles Recht aber, das allmählich die Kinder dem Hausherrn gegenüber gewinnen, „ist nicht Entwicklung der Munt, sondern Feind derselben und Schmälerung ihres Gebietes“ [1]). „Die mildere und feinere Gesittung der folgenden Kulturperioden setzte den Umgestaltungsprozeß fort, bis sich allmählich das einst unbeschränkte Machtverhältnis zu einem natürlichen Schutz- und Vertretungsverhältnisse abklärte, in welchem mit dem zweifellos prävalierenden Pflichtinhalte nur ein solches Maß von persönlichen und sachlichen Rechten des Vaters verbunden erschien, als ihm sowohl im Interesse der Gesamtfamilie wie auch zur vollwirksamen Realisierung jener Schutzaufgabe absolut notwendig war [2]).“ Dieses Schutzverhältnis wird so stark in den Vordergrund gestellt, daß man nicht mehr von einer väterlichen Gewalt, sondern vielfach nur mehr von einer väterlichen oder einer elterlichen Vormundschaft redet [3]).

Das Mundium, die Vogtei oder Pflege [4]), umfaßt ihrem Wesen nach Recht und Pflicht die schutzbedürftigen Familienglieder insbesondere vor Gericht zu vertreten [5]). Es hat der Vater das Recht, die durch gegen das Kind begangene Vergehen verwirkte Komposition beizutreiben [6]). Der „Vormund“-Vater kann von seinem Kinde Gehorsam verlangen; bei Verweigerung des Gehorsams steht ihm ein Züchtigungsrecht zu [7]).

Auch das deutsche Recht geht bei der Regelung des elterlichen Verhältnisses von einem sachenrechtlichen Gedanken aus. Eine Gewere gab es zwar nur an unfreien Leuten, allein die Vormundschaft kennt doch ein der Gewere analoges Verhältnis. Der Vormund kann sich des Mündels und dessen Habe unterwinden, d. h. Mündel und Vermögen desselben zu sich nehmen und wenn ihm das eine oder andere von einem Dritten widerrechtlich vorenthalten werden, diesem vor Gericht dasselbe abfordern [8]).

Ist nach germanischem Recht die väterliche „Vormundschaft“ eine Schutzgewalt, so ist klar, daß sie auch nur so lange dauert, als die Gewaltunterworfenen des Schutzes bedürfen. Das ist aber nicht mehr der Fall, wenn sich das Kind vom elterlichen Haushalt „abgesondert“ hat; so bei den Töchtern. Bei den Söhnen hört die väterliche

[1]) Heusler I 108. [2]) Gengler, Das deutsche Privatrecht. Erlangen 1876. S. 574 f. [3]) Krant II. 586 ff. Gengler, S. 573. Eine durchaus irreführende und unkorrekte Ausdrucksweise. Nur wenn ein Elternteil tot ist, kann man von V. sprechen. [4]) Zoepel, III. Band S. 96. [5]) Zoepel, S. 30. [6]) Krant II. S. 606. Gengler, S. 30. [7]) Krant I. 292. [8]) Krant I. 288.

Vormundschaft mit erreichter Volljährigkeit schlechthin auf ohne Rücksicht auf frühere oder spätere Absonderung [1]).

Was endlich die Stellung der Mutter anlangt, so läßt sich zwar nicht nachweisen, daß ihr eine Gewalt, die der des Vaters gleich wäre, zukommt; sicher nicht, solange der Vater lebte; aber auch da, wo der Mutter nach dem Tode des Vaters die Vormundschaft über ihre Kinder eingeräumt wird — und das ist in gar manchen Partikularrechten der Fall — hat ihre Gewalt nicht den gleichen Umfang wie die des Vaters [2]). Immerhin läßt sich ein bedeutender Fortschritt im Sinne einer elterlichen Gewalt schon jetzt feststellen.

Von einer obervormundschaftlichen Aufsicht, die der Staat geübt hätte und die ihn zu einem Einschreiten bei Mißbrauch in der Personensorge berechtigt hätte, war damals freilich noch keine Rede.

§ 5.

Einfluß der Reception.

In dieser Beschaffenheit, d. h. so wie sie im vorigen Paragraphen geschildert wurde, ward die deutsche Vatergewalt von dem eindringenden römischen Rechte angetroffen [3]). Die Auffassung des römischen Rechts und die des germanischen Rechts waren von Grund auf verschieden. So war von vornherein „an eine versöhnende Vereinigung der beiden Rechtsgebilde in ihren Fundamentalideen nicht zu denken [4])". Andererseits ist klar, das die vielfach geläuterten Kulturanschauungen des Mittelalters „die" römische patria potestas sicherlich nicht als gemeines Recht rezipieren würden. Die Frage, was in dieser Lehre bei uns eigentlich rezipiert worden ist, beantwortet Gengler dahin: „Den eigentlichen Kern des Instituts der Vatergewalt bildet fortwährend die natürlich-sittliche Grundidee eines väterlichen Schutzamts, wie sie dem jüngeren einheimischen Rechte innewohnt, wenn auch die meisten daraus sich herleitenden Folgesätze im Geiste des römischen Rechtes näher bestimmt oder dogmatisch formuliert worden sind, daher denn insbesondere bezüglich der Erziehungs- und Beaufsichtigungs-Befugnisse des Hausvaters und des ihm hierin zuzuweisenden Wirkungskreises die Entscheidung im deutschen Rechte und Brauche gesucht werden muß [5])." Oder wie Bluntschli sagt: „Die häusliche Sitte blieb deutsch, und der noch immer

---

[1]) Krant II. 601. [2]) Krant II. 690. Zoepel III. 110. [3]) Gengler, S. 575. [4]) Gengler, IV. Buch 2. Teil, S. 1171. [5]) Gengler, S. 575.

frische und gesunde Grundgedanke der deutschen Mundschaft wurde keineswegs in den der allmählich verkommenen römischen potestas umgewandelt, wenn schon die Ausdrücke patria potestas und väterliche Gewalt seitdem häufig zur Bezeichnung des väterlichen Rechtes gebraucht werden [1]).“ Man wird den beiden Schriftstellern umso mehr Recht geben müssen, als ein Blick auf die im folgenden zu besprechenden großen Kodifikationen, die ja den Niederschlag der damaligen Rechtsauffassung bilden, diese Ansicht vollkommen bestätigt.

Nach einer Richtung hat aber doch die Rezeption die gesund fortschreitende Entwicklung des germanischen Rechts im Sinne einer elterlichen Gewalt wieder zum Stillstand gebracht. Denn an die Stelle der elterlichen Gewalt setzten die Juristen wieder eine ausschließlich väterliche, mindestens wußten sie eine Steigerung der mütterlichen Rechte durch längere Zeit hindurch zu verhindern [2]).

Dagegen haben die Reichspolizei-Ordnungen vom Jahre 1548 und 1577 Anordnungen getroffen, welche die Interessen der Mündel in noch höherem Maße sicher stellten, als das nach den Vorschriften des deutschen und rezipierten römischen Rechts der Fall gewesen war [3]). Es entwickelte sich jetzt eine ziemlich intensive Obervormundschaft des Staates [4]).

II. Abschnitt.

Die großen Kodifikationen des 19. Jahrhunderts.

§ 6.

Das bayerische Landrecht.

Das bayerische Landrecht aus dem Jahre 1756 steht unter den neueren Kodifikationen dem römischen Rechte am nächsten. Das 5. Kapitel „Von väterlicher Gewalt“ stellt an die Spitze den Satz: „Die väterliche Gewalt ist eine Herrschaft, welche der Vater über seine Kinder den Rechten gemäß auszuüben hat. Sie gebührt nur dem Vater allein, nicht aber der Mutter oder anderen, und erstreckt sich über alle Deszendenten sowohl in erster als zweiter und weiterer Generation, solang die von der ersten selbst noch nicht aus sothaner Gewalt getreten und sui iuris geworden sind.“

---

[1]) Bei Gengler. IV. Buch 2. Teil, S. 1171. [2]) Opet, S. 177. Krant II. S. 688. [3]) Zoepel, III. Band S. 127 f. [4]) Zoepel a. a. O.

Hier tritt klar zutage, woher dieses Recht geschöpft ist. Es äußert sich die väterliche Gewalt meistenteils bei dem Vermögen der Kinder (§ 2). Dagegen „so viel das alte sogenannte Dominium quiritarium anlangt, Kraft dessen die Kinder dem Vater sowohl ihrer Güter als Person halber wie Knecht und Leibeigene unterworfen waren . . . und im Notfall gar verkauft, hingelegt oder um verübter Missetaten halber getötet werden konnten, ist solches alles nicht mehr in Uebung". Das Erziehungsrecht selbst ist nicht Ausfluß der väterlichen Gewalt, steht vielmehr beiden Eltern zu. „Die Eltern sollen ihre Kinder christlich und ehrlich zum Dienste Gottes und des gemeinen Wesens erziehen, mögen sie auch hierunter nötigen Zwang und allenfallsige Züchtigung mit Vernunft und Mäßigkeit gegen sie gebrauchen und falls dieselben in Ungehorsam entlaufen oder von anderen widerrechtlich vorenthalten werden, solche allenthalben zurückfordern, wie nicht weniger die boshaften Verführer um den dadurch verursachten Schaden und verdiente Strafe gerichtlich belangen." (I. Teil, 4. Kapitel § 3.) Diese Rechte haben die Eltern auch gegenüber den Enkeln und allen übrigen Deszendenten in gerad absteigender Linie. (a. a. O., § 3, 4.) Die väterliche Gewalt steht der Mutter nicht zu, auch nach dem Tode des Mannes nicht, wohl aber kann sie dann zum Vormund ihrer Kinder bestellt werden. (I. Teil, 7. Kapitel, § 3, 3.) Ist das aber nicht der Fall, „dann soll der Vormund für des Pupillen Person, für eine gute Auferziehung fleißig Sorge tragen (§ 11, 1). Hat der Vater in dieser Hinsicht Bestimmungen getroffen, so muß sich der Vormund danach richten, außerdem aber der leiblichen Mutter die Auferziehung des Kindes überlassen (§ 11, 2). Sorgt der Vormund für des Pupillen Person nicht, so wird er seines Amts entsetzt (I. Teil, 7. Kapitel, § 24, 3), worauf die Obrigkeit allenfalls von Amtswegen zu sehen hat (a. a. O. § 23, 3).

In allen diesen Bestimmungen drückt sich doch der deutsch-rechtliche Gedanke einer Schutzgewalt ganz offenkundig aus; die väterliche Gewalt, von der oben die Rede war, beschränkt sich eigentlich fast ganz auf das vermögensrechtliche Gebiet.

Schließlich sind hier noch von Interesse die besonderen Beendigungsgründe der väterlichen Gewalt. „Die väterliche Gewalt hört auf: 1. . . . . ., 2. durch schweren Mißbrauch der väterlichen Gewalt, z. B. durch Grausamkeit, Exposition und Hinlegung der Kinder, item durch derselben Verkuppelung oder Verführung und dergleichen, 3. durch die Entlassung, welche vor ordentlicher Obrigkeit

deklariert werden soll, 4. wenn die Kinder sich von väterlicher Haushaltung soweit absondern, daß sie dem Vater nicht mehr auf dem Brot und Unterhalt stehen, 5. hebt zwar auch die wirkliche Rats- und andere derselben gleichkommende oder noch höhere Dignität die väterliche Gewalt ebenfalls auf, wenn anders oben gedachte Absonderung dazukommt, außerdessen ist sie so wenig als die Verehelichung allein zu diesem Effekt hinlänglich . . . ., 6. . . . die einmal erloschene väterliche Gewalt kann nicht mehr reviviscieren." (I. Teil, 5. Kapitel, § 7.)

§ 7.

Code Napoléon.

Beim Beginn der großen Revolution, also unmittelbar vor dem Zeitpunkt, in dem Frankreich in seinen großen Gesetzbüchern ein einheitliches Recht erhielt, waren in Südfrankreich, in den Ländern des droit écrit, die Hauptgrundsätze des römischen Rechts über die patria potestas noch in Kraft [1]). Die Länder des Gewohnheitsrechts des droit coutumier, also die Länder des mittleren und nördlichen Frankreich [2]) dagegen kennen eine väterliche Gewalt im römischen Sinne nicht; „droit de puissance paternelle n'a pas de lieu", die Gewalt, die dem Vater hier zustand, beruhte auf den Grundsätzen des deutschen Rechts, wonach dem Vater die Erziehung, Vertretung und der Schutz des Kindes obliegt [3]).

In der Hauptsache baute der code civil sein System der elterlichen Gewalt auf den deutsch-rechtlichen Grundsätzen auf [4]), wenn auch im einzelnen noch gar manche Bestimmung stark ans römische Recht erinnert.

Auch hier stehen die Normen über die Erziehungspflicht und die väterliche Gewalt an zwei verschiedenen Stellen im Gesetzbuch. „Die aus der Ehe entspringenden Verbindlichkeiten" nennen an erster Stelle (I. Buch 5. Tit. 5. Kap., Art. 203): Die Ehegatten übernehmen schon dadurch allein, daß sie sich verheiraten, die gemeinschaftliche Verbindlichkeit (contractent ensemble), ihre Kinder zu ernähren, zu erhalten und zu erziehen [5]). Im einzelnen ist diese Erziehungspflicht nicht näher bestimmt, über religiöse Erziehung schweigt das Gesetz überhaupt. Der 9. Titel des gleichen ersten Buches (Rechte der Personen) handelt dann von der „väterlichen Gewalt". Schon der Wortlaut der Ueberschrift ist insofern ungenau, als diese Gewalt inhalt-

[1]) Barazetti, S. 280. [2]) Barazetti, S. 281. [3]) Barazetti, S. 282. [4]) Barazetti, S. 285. [5]) Code Napoléon, französisch und deutsch 1813.

lich beiden Elternteilen zusteht [1]). Das Kind bleibt „sous leur autorité“ bis zu seiner Volljährigkeit (vollendetes 21. Lebensjahr, Art. 388) oder Emancipation (Art. 372). Nur übt während der Ehe der Vater diese Gewalt allein aus (Art. 373). Ist der Mann abwesend, so hat die Mutter die Aufsicht und sie übt die Rechte des Ehemannes aus (Art. 141). Der Art. 374 enthält das droit de garde ou de surveillance „das Recht zu verlangen, daß das Kind das elterliche Haus oder den Ort, wo es von den Eltern zum Zwecke seiner Ausbildung untergebracht worden ist, nicht verlasse [2]). Die wichtigsten Bestimmungen in diesem Abschnitt enthalten aber die Art. 375 ff. Dort heißt es: 375. Ein Vater, der besonders wichtige Ursachen hat, mit dem Betragen seines Kindes unzufrieden zu sein, kann sich folgender Züchtigungsmittel bedienen. In auffallend kasuistischer Weise ist nun ein Recht des Vaters, sein Kind gewisse Zeit in Gewahrsam bringen zu lassen, normiert, ein Recht, das unter der gleichen Voraussetzung, aber mit gewissen Kautelen auch der Vormund hat (Art. 468).

Eine Definition der väterlichen Gewalt findet sich dagegen im Code nirgends, im Gesetzestexte selbst kehrt auch der Ausdruck „puissance paternelle“ nirgends wieder, dort heißt es immer „autorité“.

Man wird mit Barazetti [3]) sagen müssen, daß die elterliche Gewalt des Code „ein Inbegriff von Rechten und Pflichten ist, die das Gesetz den Eltern — und nur diesen — (anders im bayerischen Landrecht) über die Person und das Vermögen ihrer Kinder gewährt, insbesondere zu dem Zwecke, um den Eltern die ihnen kraft Gesetzes auferlegte Pflicht der Erziehung ihrer Kinder zu erleichtern und ihnen die Mittel zu geben, solche, wenn nötig, zu erzwingen“. Erziehungspflicht und elterliche Gewalt sind also danach zwei verschiedene Begriffe, die letztere ist um der ersteren willen da; sie ist gleichsam eine Art Zwangsgewalt um der Erziehungspflicht mehr Nachdruck zu verleihen. Nach unserem B. G. B. ist die Erziehungspflicht Hauptinhalt der elterlichen Gewalt.

Im einzelnen ist von Interesse, daß das französische Gesetzbuch selbst keine Bestimmung enthält über einen Mißbrauch des elterlichen Erziehungsrechtes. Die Züchtigungsmittel der Art. 375 ff sind höchst problematischer Natur. Nur auf Antrag wird eingeschritten. (B. G. B. 1666 ist Offizialverfahren!) Eine Behörde, der die Gewaltbefugnisse eingeräumt wären, wie unseren Vormundschaftsge-

[1]) Barazetti, S. 286. [2]) Barazetti, S. 294 [3]) S 278.

richten, existiert nicht [1]). Von einer Zwangserziehung ist keine Rede.

Durch Strafurteil kann dem Vater während der Ehe die elterliche Gewalt abgesprochen werden, dann geht sie auf die Mutter ihrer ganzen Ausübung nach über. Art. 334, 335 C. pén [2]). Halten die Eltern ihre Kinder zu schlechtem Lebenswandel an oder begünstigen sie einen solchen, so verlieren sie die elterliche Gewalt nur über die verführten Kinder [3]). Hier hat ein Gesetz vom 24. Juli 1889 die Möglichkeit der Entziehung der elterlichen Gewalt im Falle der Unwürdigkeit der Eltern betr. [4]), zweckentsprechende Aenderungen gebracht.

Schließlich sei noch der Regelung gedacht, die das Gesetz für den Fall der Ehescheidung trifft. Nach Art. 302 werden die Kinder demjenigen Ehegatten überlassen, der die Ehescheidung ausgebracht hat; (Art. 229—233), es müßte denn das Gericht auf Ansuchen der Familie oder des kaiserlichen Anwalts zu mehrerm Vorteil der Kinder verordnen, daß sie alle, oder einige derselben der Fürsorge des anderen Ehegatten oder einer dritten Person übergeben werden sollen. Vater und Mutter behalten aber, wem auch immer die Kinder anvertraut sein mögen, das Recht über den Inhalt und die Erziehung ihrer Kinder die Aufsicht zu führen (Art. 303).

Das Recht des code Napoléon wurde im französischen Text durch Napoleon zu Beginn des 19. Jahrhunderts in den von Frankreich annektierten Gebieten eingeführt [5]). Nur in einigen wenigen Gebieten wurde es nach seinem Sturze wieder abgeschafft. So wurde also das ganze linksrheinische Gebiet und rechts vom Rhein alles, was zum Reg.-Bez. Köln und südlich von Duisburg und Essen zum Reg.-Bez. Düsseldorf gehört, vom Code Napoléon beherrscht [6]).

§ 8.

Das badische Landrecht.

Während man in den vorhin genannten Gebietsteilen den französischen Gesetzestext selbst zugrunde legte, wurde der Code Napoléon in Baden ins Deutsche übersetzt und fand dort so allerdings mit einigen Aenderungen untergeordneter Art Eingang. System und Grundzüge des Erziehungsrechts bezw. der väterlichen Gewalt sind die gleichen.

[1]) Barazetti, 362. [2]) Barazetti, S. 291. [3]) Barazetti, S. 361. [4]) Barazetti, S. 292. [5]) Cosack, S. 15. [6]) Cosack, S. 16.

Im einzelnen kennt das badische Landrecht nicht nur inhaltlich, sondern auch formell eine elterliche Gewalt; der 9. Titel hat die Ueberschrift: „Von der elterlichen Gewalt." Im Gegensatz zum Code Napoléon spricht sich das badische Landrecht bei Normierung der Erziehung (Landrechtssatz 203) auch über die religiöse Erziehung aus. „Die kirchliche Erziehung muß sich nach dem Grundgesetz über die Kirchenverfassung richten, welches auch allein entscheidet, was Verträge darüber zu bestimmen vermögen und wie dieselben beschaffen sein müssen". (203 a.) Vergl. bad. Gesetz über Ausübung der Erziehungsrechte inbezug auf die Religion der Kinder, vom 9. X. 1860 und Gesetz vom 9. X. 1860, die rechtliche Stellung der Kirchen im Staate betr [1]).

Das elterliche Einsperrungsrecht des Code Napoléon ist in Baden aufgehoben [2]).

Dagegen steuert einem Mißbrauch der elterlichen Gewalt, wenn dadurch das sittliche Wohl der Kinder gefährdet wird, ein besonderes Gesetz vom 4. Mai 1886, betr. die staatliche Fürsorge für die Erziehung verwahrloster jugendlicher Personen [3]).

§ 9.

Das preußische Landrecht.

Vom 1. Juni 1794 ab trat in den Preußischen Staaten das allgemeine Landrecht in Kraft. Damit war das dort geltende römische, gemeine Sachsen- und die anderen fremden subsidiarischen Rechte und Gesetze aufgehoben [4]).

In diesem Gesetzbuche tritt uns zum ersten mal eine eingehende Darstellung der Beziehungen von Eltern zu ihren Kindern entgegen, die Personensorge ist erschöpfend geregelt.

Die Rechte und Pflichten der Eltern und der aus einer Ehe zur rechten Hand erzeugten Kinder, solange die letzteren unter väterlicher Gewalt stehen, sind im 2. Abschnitt des Teils II, Titel II, geregelt, der 4. Abschnitt befaßt sich mit der Aufhebung der väterlichen Gewalt. Was aber unter dieser väterlichen Gewalt zu verstehen ist, sagt das Gesetz nicht. § 62 bestimmt nur: Vorzüglich aber stehen sie (die Kinder) unter väterlicher Gewalt; und in den §§ 210—265 sind eine Reihe von Fällen aufgezählt, in denen die väterliche Gewalt verloren geht. Sicher ist zunächst soviel, daß Erziehungspflicht und väterliche Gewalt nicht identisch

[1]) Barazetti, S. 239. [2]) Barazetti, S. 305. Hachenburg, Das badische Landrecht. Anm. zu Art. 375—383. [3]) Barazetti, 362. [4]) Publikationspatent vom 5. Februar 1794.

sind. Das folgt aus § 269. Denn in allen Fällen, in denen die Rechte der väterlichen Gewalt aufgehoben, außer Wirkung gesetzt oder eingeschränkt werden, bleiben der Vater und sein Vermögen zur Erfüllung der damit verbundenen Pflichten dennoch verhaftet. Also auch wenn die väterliche Gewalt verwirkt ist, bleibt die Erziehungspflicht noch bestehen.

Die väterliche Gewalt des preußischen Landrechts kann auch nicht die Bedeutung haben, wie sie ihr der code civil beigelegt hat, nämlich eine Art Zwangsgewalt zur Durchführung der Erziehungspflicht. Dieser Standpunkt ist dort nur deshalb gerechtfertigt, weil es an einer obervormundschaftlichen Kontrolle fehlt; das ist aber hier nicht der Fall, wie sich aus den §§ 86—91 ergibt.

Von einer väterlichen Gewalt im Sinne einer Macht, einer Herrschaft im Interesse des Gewalthabers kann keine Rede sein. Die Fülle all der einzelnen Bestimmungen lassen vielmehr klar erkennen, daß das preußische Landrecht in dieser Lehre von dem Grundsatz beherrscht wird, vor allem das Wohl und den Schutz des Kindes zu berücksichtigen. Man wird wohl mit Recht der Ansicht Schmidts [1]) beipflichten müssen, der das Bestehen einer väterlichen Gewalt im preußischen Landrecht aufs bestimmteste verneint. „Nur der Name derselben ist stehen geblieben. Die Redaktoren haben nicht bemerkt, daß die Sache selbst durch die getroffenen Bestimmungen ihnen unter den Händen gleichsam zerschmolzen und vergangen ist."

Aus der detaillierten Regelung des Gesetzes seien im einzelnen die wichtigsten Bestimmungen im folgenden hervorgehoben:

1. Beide Eheleute müssen für standesmäßigen Unterhalt und Erziehung der Kinder mit vereinigten Kräften Sorge tragen (§ 64). Körperliche Pflege und Wartung, so lange die Kinder deren bedürfen, muß die Mutter selbst oder unter ihrer Aufsicht besorgen (66). Eine gesunde Mutter ist ihr Kind selbst zu säugen verpflichtet.

2. Die Anordnung der Art, wie das Kind erzogen werden soll, kommt hauptsächlich dem Vater zu (74). Dieser muß vorzüglich dafür sorgen, daß das Kind in der Religion und nützlichen Kenntnissen den nötigen Unterricht nach seinem Stande und Umständen erhalte (75). Sind die Eltern verschiedenen Glaubensbekenntnissen zugetan, so müssen bis nach zurückgelegtem 14. Jahre die Söhne in der Religion des Vaters, die Töchter aber in dem Glaubensbekennt-

[1]) Schmidt, S. 511.

nisse der Mutter unterrichtet werden (76). Zu Abweichungen von diesen gesetzlichen Vorschriften kann keines der Eltern das andere auch nicht durch Verträge verpflichten (77).

3. Die Eltern sind berechtigt, zur Bildung der Kinder alle der Gesundheit derselben unschädlichen Zwangsmittel zu gebrauchen (86). Finden sie diese nicht hinreichend, so muß ihnen das vormundschaftliche Gericht auf gebührendes Anmelden hilfreiche Hand leisten (87). Dies Gericht muß das Verhalten der Eltern sowohl als des Kindes summarisch und ohne Zulassung eines förmlichen Prozesses untersuchen (88). Nach Befinden der Umstände muß alsdann die Art und Dauer der anzuwendenden Besserungsmittel von ihm bestimmt werden (89). Sollten Eltern ihre Kinder grausam mißhandeln oder zum Bösen verleiten oder ihnen den notdürftigen Unterhalt versagen, so ist das vormundschaftliche Gericht schuldig, sich der Kinder von Amtswegen anzunehmen (§ 90). Nach Befund der Umstände kann den Eltern in einem solchen Falle die Erziehung genommen und auf ihre Kosten anderen zuverlässigen Personen anvertraut werden.

4. Bei geschiedener Ehe werden die Kinder beim unschuldigen Elternteile erzogen (92). Doch sind von diesem Grundsatz aus Erwägungen der Billigkeit Ausnahmen zugelassen. Sind beide Eltern oder eins derselben von der Erziehung ausgeschlossen, so soll ihnen doch der Zutritt zu den Kindern nicht gänzlich versagt werden (101). Es bleibt aber richterlichem Ermessen vorbehalten, wie oft und unter welcher Aufsicht dergleichen Besuche zu gestatten sind (102).

5. Die Bestimmung der künftigen Lebensart der Söhne hängt zunächst von dem Ermessen des Vaters ab (109). Er muß aber dabei auf die Neigung, Fähigkeiten und körperlichen Umstände des Sohnes vorzügliche Rücksicht nehmen (110). Bis nach zurückgelegtem 14. Jahre muß sich der Sohn der Anordnung des Vaters schlechthin unterwerfen (111). Bei alsdann fortdauernder gänzlicher Abneigung des Sohnes gegen die vom Vater gewählte Lebensart (112), hat das Vormundschaftsgericht unter eingehender Prüfung aller Umstände einzuschreiten.

6. Aus einer unerlaubten Handlung des Kindes haftet der Vater für den entstandenen Schaden, wenn er denselben nicht verhütet hat, da es doch in seinem Vermögen gestanden hätte (142); ferner alsdann wenn er den Unterricht, die Erziehung und die Aufsicht über die Kinder gröblich vernachlässigt hat (143).

7. Unter den Beendigungsgründen der väterlichen Gewalt interessieren hier nur die in §§ 255 ff. aufgezählten besonderen Fälle. So hört die väterliche Gewalt von selbst auf, wenn der Vater wegen grober Verbrechen zu harter und schmählicher Zuchthaus- oder Festungsarbeit, zu zehnjährigem oder lebenslänglichem Gefängnisse oder zur Landesverweisung verurteilt worden (255); wenn er in vorsätzlicher Weise die Kinder hilflos und ohne Aufsicht verlassen hat (258). Die väterliche Gewalt ist damit für immer verloren, auch wenn der Grund ihres Verlustes in der Folge gehoben wird (259).

Eingeschränkt wird die väterliche Gewalt in Ansehung der Erziehung, wenn der Vater dieselbe vernachlässigt, die Kinder grausam mißhandelt, sie zum Bösen verleitet oder ihnen den nötigen Unterhalt versagt (266).

§ 10.

Das sächsische bürgerliche Gesetzbuch.

Ein weiteres großes Rechtsgebiet stellt dar der Geltungsbereich des sächsischen bürgerlichen Gesetzbuches von 1863. Auch hier steht die Erziehungspflicht außerhalb der väterlichen Gewalt. Denn der Abschnitt über die Rechte und Pflichten beider Eltern bestimmt in § 1802: Die Eltern sind verpflichtet, ihren Kindern Unterhalt zu gewähren. Bei einer Meinungsverschiedenheit der Eltern über die Erziehung ihrer Kinder entscheidet der Vater. Wenn die Eltern in erheblicher Weise die Erziehung ihrer Kinder vernachlässigen oder deren körperliches oder geistiges Wohl in Gefahr bringen, so kann das Vormundschaftsgericht, soweit es nach den von den Verwaltungsbehörden etwa getroffenen Maßregeln überhaupt noch erforderlich ist, und, nachdem es die Eltern gehört hat, nach Befinden unter Zuziehung von Verwandten der Kinder, das Nötige verfügen, insbesondere auch eine Vormundschaft eintreten lassen (1803). Auch hier haben die Eltern das Recht, den Beruf des Kindes zu bestimmen. Das 14 Jahre alte Kind kann aber nach 1804, wenn es mit der von den Eltern getroffenen Wahl seines künftigen Berufes nicht einverstanden ist und sein Verlangen nach einem anderen, seiner Neigung und seiner Fähigkeit angemessenen Berufe den Eltern fruchtlos vorgetragen hat, sich an das Vormundschaftsgericht wenden, welches nach Prüfung der Einwendungen der Eltern mit Rücksicht auf Stand, Vermögen und sonstige Verhältnisse das Nötige zu verfügen hat. Beide Eltern können

von ihren Kindern, solange diese noch ihrer Erziehung bedürfen oder in der häuslichen Gemeinschaft stehen, Gehorsam verlangen und, wenn sie das Kind durch angemessene Mittel häuslicher Zucht nicht zum Gehorsam zu bringen vermögen, obrigkeitliches Einschreiten veranlassen (1805). § 1807 endlich enthält eine Vorschrift, die beinahe wörtlich in unser B. G. B. aufgenommen ist: Die Eltern können die Herausgabe ihres Kindes von jedem Dritten verlangen, welcher ihnen dasselbe widerrechtlich vorenthält.

Ist die Ehe geschieden, so werden nicht wie sonst die Kinder beim unschuldigen Elternteile belassen, sondern Kinder unter 6 Jahren sind der Mutter, Kinder über 6 Jahren dem Vater zur Erziehung zu überlassen, dafern nicht nach dem Ermessen des Vormundschaftsgerichts bei dem anderen Ehegatten für das Wohl der Kinder besser gesorgt ist (1749).

In einem weiteren Abschnitt handelt dann das sächsische B. G. B. „von der väterlichen Gewalt“ und stellt an die Spitze den Satz: In der Ehe erzeugte und bei Lebzeiten ihres Vaters geborene Kinder kommen mit ihrer Geburt in die väterliche Gewalt (1808). Aus § 1811 und 1821 ergibt sich aber ganz deutlich, was das Gesetzbuch, ebenso wie die anderen modernen Gesetzbücher vor unserem B. G. B. unter väterlicher Gewalt versteht; nämlich lediglich ein Recht der Verwaltung und Nutznießung am Vermögen des Kindes und die Befugnis, seine Kinder rücksichtlich ihrer Person und ihres Vermögens zu vertreten. Will man sonach überhaupt von einer wirklichen väterlichen „Gewalt“ noch sprechen, so kommt eigentlich nur die vermögensrechtliche Seite in Betracht und die Befugnisse, die hier den Inhalt dieser Gewalt bilden, sind nur noch schwache Reste dessen, was einst die väterliche Gewalt bedeutet hat.

Aus den Bestimmungen über das Erlöschen der väterlichen Gewalt sei als Besonderheit nur hervorgehoben, daß ein Mißbrauch des Erziehungsrechtes wohl zu einem Einschreiten des Vormundschaftsgerichts gemäß 1803 führen kann, daß darin aber nicht ein Beendigungsgrund der väterlichen Gewalt liegt. Unter den Gründen, aus denen diese erlischt, ist er nicht aufgeführt. Ein weiterer Beweis für die Richtigkeit der vorhin aufgestellten Behauptung, daß von der väterlichen Gewalt nur das vermögensrechtliche Gebiet betroffen wird.

II. Kapitel.

Inhalt der Sorge für die Person des Kindes nach geltendem Recht.

§ 11.

Einleitende Bemerkung.

Es handelt sich im folgenden um einen Ausschnitt aus der rechtlichen Stellung der ehelichen Kinder. Hievon handelt unser Bürgerliches Gesetzbuch im 4. Titel des 2. Abschnitts — Verwandtschaft — im 4. Buche, welches das Familienrecht enthält. Dieser 4. Titel zerfällt wieder in zwei Teile:

I. Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und dem Kinde im Allgemeinen.
II. Elterliche Gewalt.

Wir befassen uns streng dem Thema folgend natürlich nur mit II. Es bleiben also ausgeschieden alle Beziehungen, die ja an sich wohl auch die Person des Kindes betreffen; wie z. B. das Recht auf Dienste der Kinder im Haushalte, das Recht auf Aussteuer und Ausstattung, die Unterhaltspflicht, wozu auch die Erziehungskosten zählen usw. Aber alle diese Befugnisse sind nicht Ausfluß der Sorge für die Person des Kindes, sie sind nicht Teil der elterlichen Gewalt, sie bestehen vielmehr vollkommen unabhängig von ihr, sie fallen auch zeitlich nicht mit ihr zusammen.

Aus dem Thema folgt endlich auch ohne weiteres, daß die ganze vermögensrechtliche Seite der elterlichen Gewalt als ein Gebiet für sich hier vollkommen ausgeschaltet bleiben muß.

I. Abschnitt.

Tatsächliche Fürsorge.

§ 12.

Erteilung eines Vornamens.

„Die Vornamenserteilung bezweckt das Kind durch Beilegung eines seine Individualität von anderen Gliedern

desselben Gentilverbandes unterscheidenden Kennzeichens zur rechtlichen Einzelpersönlichkeit zu stempeln [1]).“

Unser bürgerliches Gesetzbuch schweigt sich über die Befugnis dem Kinde einen Vornamen beizulegen vollkommen aus. Allein es steht zweifelsfrei fest, daß diese Befugnis Ausfluß der Personensorge ist, es wird dies auch nirgends bestritten [2]).

Fraglich ist nur, ob die Namensbeilegung demjenigen zusteht, der die tatsächliche Fürsorge hat, oder ob die Namensbeilegung Ausfluß der Vertretungsgewalt ist. Diese Frage ist keine rein theoretische, sondern sie wird von großer praktischer Bedeutung immer dann, wenn tatsächliche Fürsorge und Vertretung in den die Person betreffenden Angelegenheiten in verschiedenen Händen ruhen, z. B. im Falle des § 1696 B. G. B. — minderjährige Witwe und Vormund.

Man wird die Befugnis der Namensbeilegung wohl demjenigen zusprechen dürfen und müssen, der die tatsächliche Fürsorge hat. Einmal wegen der unmittelbaren Beziehung auf die Person des Kindes [3]) und sodann sprechen auch Erwägungen der Billigkeit für unseren Standpunkt. Gerade aus § 1696 B. G. B. läßt sich ersehen, daß es die Billigkeit verlangt, wenn die Mutter ihrem Kinde den Vornamen gibt und nicht ein Vormund, der mit der Mutter nur weitläufig oder gar nicht mehr verwandt ist [4]).

Von Interesse ist die Frage, durch welchen Akt der Vorname erteilt wird. Die Taufe und die Anzeige des Vornamens beim Standesbeamten können nicht in Betracht kommen. Die Taufe schon deshalb nicht, weil nicht alle Kinder getauft werden und weil das Reichsrecht die Taufhandlung als auf religiösem Gebiet liegend als juristisch irrelevant bezeichnet, höchstens mit der Wirkung einer praesumptio ausstattet; die Anzeige beim Standesamt kommt gleichfalls nicht in Frage, denn diese hat nur deklaratorische Bedeutung, sie setzt vielmehr voraus, daß das Kind schon einen Vornamen hat [5]). Die Vornamenserteilung ist an die Beobachtung irgend welcher Form nicht geknüpft; man wird also wohl sagen können, „daß die Erteilung des Vornamens in demjenigen der standesamtlichen Anzeige vorangehenden Moment erfolgt, in dem sich der Wille der Eltern endgültig auf den bei richtiger standesamtlicher Anzeige angegebenen Vornamen fixiert“ [6]).

Welchen Vornamen der Erziehungsberechtigte wählen darf, unter welchen Voraussetzungen ein einmal gewählter

[1]) Opet, S. 194. [2]) Mot. IV. 712. Reichsgerichtsräte: Bem. 1 zu 1616. [3]) Opet, S. 194. [4]) Ebenso Staudinger, Bem. 3 a zu 1616. Planck, Erl. 2 zu 1616. A. A. Opet-Blume Bem. 3a zu § 1616 [5]) Opet, S. 195. [6]) Opet, S. 195.

Vorname geändert werden darf, das sind Fragen, die dem öffentlichen Rechte angehören und hier nicht zu würdigen sind [1]).

Das Recht dem Kinde einen Vornamen zu geben, ist Ausfluß der Sorge für die Person; diesem Rechte korrespondiert die Pflicht. Das Personenstandsgesetz bedroht mit Strafe nur diejenigen Verpflichteten, die die Anzeige des Vornamens unterlassen. Vergl. §§ 22 und 68. Wird aber die Erteilung des Vornamens seitens der Erziehungsberechtigten unterlassen, so ist zu unterscheiden: Sind die Eltern oder ein Elternteil verhindert an der Ausübung des Rechts dem Kinde einen Vornamen zu erteilen ohne daß sie ein Verschulden trifft, so trifft gemäß § 1665 B. G. B. das Vormundschaftsgericht die im Interesse des Kindes erforderlichen Maßregeln, d. h. es wird gemäß § 1909 B. G. B. einen Pfleger bestellen, der dann dem Kinde den Vornamen zu erteilen hat [2]).

Trifft die Eltern aber bei der Nichtausübung ihres Rechtes ein Verschulden — Nichterteilen eines Vornamens ist zweifellos ein Vernachlässigen des Kindes im Sinne des § 1666 B. G. B. — so besteht aller Grund für ein Einschreiten des Vormundschaftsgerichts nach § 1666 B. G. B. [3]) Die Gefährdung des geistigen oder leiblichen Wohles des Kindes, die durch eine solche Vernachlässigung hervorgerufen sein muß, um zu einem Einschreiten nach § 1666 B. G. B. berechtigt zu sein, dürfte in der Gefahr der Verwechslung des Kindes liegen; ein durchaus praktischer Grund, den aber auch Staudinger nicht erwähnt.

§ 13.

Erziehung des Kindes.

Maßgebende Vorschrift ist § 1631 B. G. B.: „Die Sorge für die Person des Kindes umfaßt das Recht und die Pflicht, das Kind zu erziehen, zu beaufsichtigen und seinen Aufenthalt zu bestimmen".

Vorweg ist zum Wortlaut des Gesetzestextes zu bemerken: § 1504 des E. I. des B. G. B. lautete anders. Dort hieß es: Die Sorge für die Person umfaßt insbesondere die Sorge für die Erziehung des Kindes und die Aufsicht über dasselbe.

Das Wort „insbesondere" fehlt im jetzigen Text. Daraus darf man nicht den Schluß ziehen, als ob im Gesetze alle Seiten der Personensorge erschöpfend geregelt wären. Denn

[1]) Mot. IV. 712, 713. [2]) Opet, S. 196 f. [3]) Staudinger, Bem. 3 d zu 1616.

das ist gerade auf diesem Gebiete, wo Sitte, Pietät und Elternliebe an erster Stelle stehen sollen und meist auch stehen, unmöglich.

Vielmehr wird man sagen müssen, die Sorge für die Person umfaßt alle persönlichen Angelegenheiten [1]) oder negativ: sie umfaßt alle nicht vermögensrechtlichen Angelegenheiten. Deshalb aber weil eine persönliche Angelegenheit vermögensrechtliche Folgen hat, wird ihr nicht die Eigenschaft als persönliche Angelegenheit genommen [2]) und umgekehrt eine rein vermögensrechtliche Angelegenheit mit Wirkungen aufs personenrechtliche Gebiet, bleibt trotzdem in der Hand dessen, der über die vermögensrechtliche Seite zu bestimmen hat. Ruht Personensorge und Vermögensverwaltung in verschiedenen Händen, so werden beide Teile in solchen Fällen zusammenwirken müssen.

Das Recht über die persönlichen Angelegenheiten des Kindes zu bestimmen fällt nicht vollständig zusammen mit der Erziehung [3]); letztere wird vielfach schon beendet sein, wenn die Personensorge noch fortdauert.

1. Die rechtliche Natur der Erziehungsgewalt.

Die Sorge für die Erziehung ist Ausfluß der Sorge für die Person, diese wieder ist Bestandteil der elterlichen Gewalt. §§ 1631, 1627 B. G. B. Auf dieses Erziehungsrecht finden demnach alle Vorschriften der elterlichen Gewalt Anwendung und zwar auch dann, wenn derjenige, dem die Personensorge zusteht, nicht zugleich Inhaber der elterlichen Gewalt ist, z. B. ist das der Fall bei der unehelichen Mutter [4]).

2. Inhalt der Erziehungsgewalt.

„Den Inhalt der Erziehungsgewalt im Gesetze näher zu bestimmen, ist nicht für erforderlich erachtet, da er aus dem Begriffe der Erziehung und der Natur der Sache sich von selbst ergibt [5])." Die Erziehungsgewalt umfaßt darnach die Pflicht und das Recht in einer dem Interesse, den Fähigkeiten und Anlagen, sowie den sonstigen Verhältnissen des Kindes entsprechenden Weise für die körperliche, geistige und insbesondere auch sittliche Ausbildung des Kindes zu sorgen, es zu einem bestimmten Lebensberufe fähig zu machen und zur Erreichung dieser Ziele überhaupt die Handlungen des Kindes zu leiten [6]).

---

[1]) Staudinger, Vorbem. II. vor 1631. [2]) Staudinger, a. a. O. [3]) Reichsgerichtsräte, Note 1 zu 1631. [4]) Staudinger, Bem. I. 1 und 3 zu 1631. [5]) Mot. IV. 750. [6]) Mot. IV. 750.

Die Personensorge dauert bis zur Volljährigkeit des Kindes, die Erziehung, die ja, wie oben ausgeführt, mit der Personensorge nicht identisch ist, nur solange, als der Zweck der Erziehung es erfordert. So wird in der Mehrzahl der Fälle letztere längst beendet sein, wenn die erstere noch fortdauert. Daraus folgt aber weiter, daß eine Erziehungstätigkeit und die Ausübung einer Zuchtgewalt in einem Zeitpunkt, wo eine solche im Interesse des Minderjährigen nicht mehr geboten ist, zu einem Einschreiten des Vormundschaftsgerichts nach § 1666 B. G. B. führen kann.

a) Die körperliche Erziehung.

Sie bezweckt dem Kinde die Fähigkeit zum vollen Gebrauch seiner physischen Kräfte zu verschaffen. Die Erzielung dieses Ergebnisses ist zwar keine notwendige Bedingung für das Vorhandensein unbeschränkter Geschäftsfähigkeit, das nach modernem Rechte nicht mehr an das Erfordernis körperlicher Integrität geknüpft ist [1]. Allein Mängel des leiblichen Zustandes können die Einsetzung einer Pflegschaft nach 1910 B. G. B. notwendig machen und dann faktisch eine Minderung der Selbständigkeit des Gebrechlichen herbeiführen [2].

Die Personensorge in körperlicher Hinsicht verlangt weiter eine sachgemäße Pflege in allen Erkrankungsfällen — mag es sich um Fälle bloß vorübergehender Natur oder um länger dauernde Gebrechlichkeit, Siechtum, Geisteskrankheit usw. handeln. Dazu zählt auch die schleunige Herbeiziehung eines Arztes, Erklärung der Einwilligung zur Vornahme einer Operation am Kinde.

Die Sorge für das körperliche Wohl verlangt schließlich auch die gewissenhafte Beobachtung der durch §§ 12 und 14 des Reichs-Impfgesetzes vom 8. April 1874 statuierten Pflichten.

Eine Vernachlässigung des Kindes in körperlicher Beziehung, also z. B. ungenügende Ernährung und Bekleidung, mangelhafte Pflege oder Unterlassen jeglicher Pflege in Erkrankungsfällen [3], grundlose Verweigerung der Einwilligung zur Vornahme einer dringend gebotenen Operation, Nichtunterbringung eines schwachsinnigen oder taubstummen oder sonstwie gebrechlichen Kindes in einer geeigneten Anstalt [4] können unter Berücksichtigung der konkreten Umstände zu einem Einschreiten des Vormundschaftsgerichts nach § 1666 B. G. B. führen.

---

[1] Opet, 197. [2] Opet, 197. [3] Staudinger, Bem. II. B. 2 zu 1666. [4] Reichsgerichtsräte, Bem. 2 zu 1666.

Allein die Sorge für die Person gebietet dem Gewalthaber nicht nur ein positives Handeln im Sinne einer gedeihlichen Körpererziehung, sie fordert zugleich auch das Fernhalten aller Schädlichkeiten, die für die Entwicklung des jugendlichen Körpers von Nachteil sein können. Hier finden wir nun, daß privatrechtliche Vorschriften im öffentlichen Rechte eine starke Stütze finden. Das Reichsgesetz vom 30. März 1903, betr. Kinderarbeit in gewerblichen Betrieben, verbietet, daß Kinder in einer Reihe von Betrieben, in denen die Arbeit für den jugendlichen Körper die schwersten Schädigungen nach sich ziehen könnte, überhaupt nicht, in anderen nur unter bestimmten Kautelen und nur für kurze Zeit beschäftigt werden.

Auch die Reichsgewerbeordnung selbst enthält zahlreiche Bestimmungen (beispielsweise seien nur genannt §§ 135, 136, 137 a, 139 a), die durch ihr absolutes Verbot der Beschäftigung „jugendlicher Arbeiter" oder die Beschränkung derselben nur auf bestimmte Zeit eine gedeihliche körperliche Erziehung garantieren.

b) Die geistige Erziehung.

α) Die allgemeine Vorbildung.

„Die nähere Bestimmung darüber, ob das Kind in gewissen Kenntnissen und in welchen, nicht allein im Interesse des Kindes, sondern auch vom Standpunkte des Staatswohles aus unterrichtet werden muß, bleibt den Unterrichtsgesetzen der Bundesstaaten überlassen. Soweit letztere in dieser Beziehung besondere Bestimmungen nicht getroffen haben, entscheidet der Erziehungsberechtigte vom Standpunkte des Interesses des Kindes aus, in welcher Art die Erziehung behufs . . . . geistiger und sittlicher Ausbildung erfolgen soll [1])." Durch die Statuierung der allgemeinen Schulpflicht, des Schulzwanges, der sich gegen Kinder sowohl wie gegen Eltern richtet, ist dieser Teil der Erziehung in den elementaren Fächern aller Wissenszweige den Eltern abgenommen und es trägt der Staat in erster Linie hiefür Sorge. Der Schulpflicht sind in Bayern alle Kinder ohne Ausnahme unterworfen [2]); eine Ausnahme besteht nur, wenn den Vorschriften des § 16 der Allerh. Verordnung vom 4. Juni 1903, die Schulpflicht betreffend, genügt ist. Ueber die gewissenhafte Durchführung dieser Schulpflicht wacht der Staat, indem er gegen die Säumigen mit Verwarnung, Geldstrafen und schließlich Haftstrafen vorgeht. Siehe die Be-

[1]) Mot. IV. 750, 751. [2]) § 23 der Schulpflichtverordnung.

stimmungen der bayer. Allerh. Verordnung vom 2. September 1886, die Behandlung der Versäumnisse des Besuches der Schule und des öffentlichen Religionsunterrichts betreffend; § 22 der Schulpflichtverordnung und Art. 58 des bayer. Polizeistrafgesetzbuches vom 26. Dezember 1871. Wenn alle diese Strafen nichts fruchten, so bleibt nur noch ein Einschreiten des Vormundschaftsgerichts gemäß 1666 B. G. B. und Ziff. 3 des Art. 1 des bayer. Zwangserziehungsgesetzes übrig.

β) Speziell das Recht der Berufswahl.

Hat der Staat den Eltern die Aufgabe ihren Kindern die ersten Kenntnisse in allen Wissensgebieten zu vermitteln zum größten Teile abgenommen, so ist den Erziehungsberechtigten doch Recht und Pflicht den Beruf der Kinder zu bestimmen geblieben [1]). Dieses Recht der Berufswahl ist schon insofern eigenartig, als es wohl Ausfluß der Erziehungsgewalt ist, diese bezw. die Personensorge in seinen Wirkungen zeitlich vielfach überdauert. Denn die Verpflichtung zur Bestreitung der Kosten der Erziehung ist nicht Ausfluß der Erziehungsgewalt, sondern der Unterhaltspflicht. § 1610 B. G. B. sagt nämlich:

> Das Maß des zu gewährenden Unterhalts bestimmt sich nach der Lebensstellung des Bedürftigen (standesmäßiger Unterhalt).
>
> Der Unterhalt umfaßt den gesamten Lebensbedarf, bei einer der Erziehung bedürftigen Person auch die Kosten der Erziehung und der Vorbildung zu einem Berufe.

Auffallend mag sein, daß in 1631 die Personensorge das Recht zu erziehen umfaßt, daß dagegen in diesem Zusammenhang das Recht über die Vorbildung zu einem Berufe Bestimmungen zu treffen nicht erwähnt wird. Daraus den Schluß ziehen zu wollen, dem Erziehungsberechtigten stünde das Recht der Berufsbestimmung nicht zu, wäre falsch. Denn dann hätte die Bestimmung in 1610 B. G. B. keinen Sinn. Warum sollen dem Erziehungsberechtigten die Kosten der Vorbildung zu einem Berufe aufgebürdet werden, wenn er in Wirklichkeit bei der Ergreifung des Berufs und der Art der Vorbildung zu demselben kein Wort mitzureden hat?

Der Inhalt dieses Berufsbestimmungsrechtes geht dahin, daß die Eltern dafür Sorge tragen müssen, daß das

[1]) Mot. IV. 751.

Kind in den für einen bestimmten Beruf erforderlichen Kenntnissen und Fähigkeiten ausgebildet werde [1]).

Bei der Auswahl des Berufes ist zu berücksichtigen einmal die soziale Stellung der Eltern und ihre Vermögensverhältnisse, die Anlagen und Neigungen des Kindes, dessen geistige und körperliche Kräfte, auch die besonderen Vermögensverhältnisse des Kindes. Wenn hiebei noch die konkreten Umstände im Einzelfall in Erwägung gezogen werden, so wird sich immer eine billige und gerechte Entscheidung treffen lassen.

Vollendet ist diese berufliche Vorbildung immer erst dann, wenn der Betreffende die Fähigkeit zum selbständigen Betriebe des von ihm ergriffenen Berufes erlangt hat [2]). Solange dauert auch die Alimentationspflicht, d. h. in vielen Fällen, insbesondere beim Universitätsstudium, bei der militärischen Laufbahn geht diese Verpflichtung weit über die Volljährigkeit hinaus.

Ist das Recht der Berufswahl Ausfluß der tatsächlichen Fürsorge oder ein Akt der Vertretung? Die Frage ist von großer praktischer Bedeutung in all den Fällen, in denen tatsächliche Fürsorge und die Vertretung in persönlichen Angelegenheiten in verschiedenen Händen ruhen. Richtig wird wohl das erstere sein schon um deswillen, weil es sich um ein höchst persönliches Recht handelt.

Das Recht der Berufswahl steht beiden Eltern gemeinschaftlich zu, bei einer Meinungsverschiedenheit zwischen Vater und Mutter gibt die Stimme des Vaters den Ausschlag. Welcher Schutz sich der Mutter gegen diese Entscheidung bietet, darüber siehe § 22 unserer Darstellung.

Ein Mißbrauch des Rechts auf Berufsbestimmung und damit Anlaß zum Einschreiten des Vormundschaftsgerichts nach § 1666 B. G. B. ist in verschiedener Weise möglich. So liegt Mißbrauch immer dann vor, wenn die oben erwähnten Umstände Neigung, soziale Stellung usw. keine Beachtung finden. Also z. B. wenn der vom Gewalthaber für das Kind gewählte Beruf der sozialen Stellung der betreffenden Familie nicht entspricht, oder ein körperlich schwach entwickeltes Kind soll einem Beruf zugeführt werden, für den seine körperlichen Kräfte nicht ausreichen, oder wenn unzweifelhaft vorliegende hervorragende Begabung für irgend einen Beruf derart unterdrückt wird, daß in dem vom Gewalthaber gewählten Beruf die Möglichkeit vorhandene Talente auszubilden, vollkommen ausgeschlossen ist. Daß hiebei das Vormundschaftsgericht in eine beson-

---

[1]) Opet, S. 199. [2]) Opet, S. 87.

ders peinliche Prüfung der konkreten einzelnen Verhältnisse eintreten muß um Dilettantentum von wirklicher Begabung, Laune und Willkür von wohlmeinender Absicht und weitsichtigem Blick zu unterscheiden, versteht sich von selbst. Auch dann liegt Mißbrauch vor, wenn der Vater seine Zustimmung zu einem Beruf gegeben hat und grundlos ein Uebergehen zu einem anderen Berufe verlangt. Das kann zu einem vormundschaftsgerichtlichen Einschreiten auch nach erreichter Volljährigkeit führen, so daß also eventuell auch ein Volljähriger unter dem Schutze des § 1666 B. G. B. steht.

Zwecks Ausbildung in einem Berufe wird der Gewalthaber den Sohn oder die Tochter entweder in fremde Lehre geben oder das Kind im eigenen Gewerbe oder Geschäfte ausbilden.

Gibt er das Kind in fremde Lehre und zwar in einen Gewerbebetrieb, so muß nach § 126 b Gew.-O. der Lehrvertrag zwischen Gewalthaber und dem Gewerbetreibenden schriftlich abgeschlossen werden. Der Minderjährige muß den Lehrvertrag unterschreiben, wird also immer auch verpflichtet; auch der gesetzliche Vertreter des Lehrlings hat den Vertrag zu unterschreiben, damit Klarheit über seine erforderliche Einwilligung zum Abschluß des Vertrags geschaffen ist.

Gibt der Gewalthaber das Kind in ein fremdes Handelsgeschäft, so ist schriftlicher Abschluß des Lehrvertrags nicht nötig; im Hinblick auf § 79 H. G. B. wird der Lehrherr aber wohl auf Schriftlichkeit dringen. Der Minderjährige kann den Vertrag persönlich abschließen mit Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters, es kann auch der gesetzliche Vertreter im eigenen Namen für den Jungen den Vertrag abschließen. Im letzteren Fall haftet er auch persönlich aus dem Vertrag. Im Zweifel ist ein solches Kontrahieren im eigenen Namen anzunehmen. [1])

Oder der Vater kann das Kind im eigenen Handelsgeschäfte oder im eigenen Gewerbebetriebe ausbilden.

Ist nach H. G. B, für den Handlungsgehilfen und Handlungslehrling schriftlicher Abschluß des Lehrvertrags nur als Ausnahme vorgesehen, so ist ohne weiteres klar, daß im Verhältnis zwischen Vater und Sohn von einem Erfordernis der Schriftlichkeit des Lehrvertrages keine Rede sein kann. Dem Vater bleiben ja doch alle Rechte aus 1631 B. G. B.

Das Gleiche gilt aber auch für den Gewerbebetrieb. Denn § 126 b Abs. 3 Gew.-O. sagt:

---

[1]) Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch 1908 Bd. I, Bem. II 2 zu § 77.

„Auf Lehrlinge in staatlich anerkannten Lehrwerkstätten finden diese Bestimmungen (Schriftlichkeit des Lehrvertrags) keine Anwendung. Das Gleiche gilt für Lehrverhältnisse zwischen Eltern und Kindern, falls der Handwerkskammer das Bestehen des Lehrverhältnisses, der Tag seines Beginns, das Gewerbe oder der Zweig der gewerblichen Tätigkeit, in welchem die Ausbildung erfolgen soll, und die Dauer der Lehrzeit schriftlich angezeigt wird."

Danach wäre allerdings nur bei Anzeige des Lehrverhältnisses an die Handwerkskammer ein schriftlicher Abschluß des Vertrags nicht nötig. Allein auch wenn das nicht geschieht, ist Schriftlichkeit nicht erforderlich, ohne daß das später für das gewerbliche Leben (Nicht-Anrechnen der Lehrzeit usw.) des betreffenden Knaben von irgend welchen Nachteilen begleitet wäre. Der Vater kann nicht gezwungen werden das tatsächliche und auf seiner Erziehungsgewalt beruhende Verhältnis in ein gewerberechtliches umzuwandeln.[1]) Und auch die erforderliche Anzeige bei der Handwerkskammer ist eigentlich ein Nonsens, denn der bei seinem Vater in der Lehre sich befindliche Sohn ist gar kein gewerblicher Arbeiter und geht infolgedessen die Handwerkskammer auch nichts an.[2])

c) Die religiöse Erziehung.

Unser bürgerliches Gesetzbuch sagt in dem Abschnitt, wo von der Erziehung die Rede ist, über die religiöse Erziehung gar nichts. Vielmehr ist in dieser Frage zu Gunsten des Landesrechts ein Vorbehalt gemacht. Der Art. 134 d. E. G. zu B. G. B. sagt nämlich:

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die religiöse Erziehung der Kinder.

Damit scheidet auf den ersten Blick die ganze Materie aus dem bürgerlichen Rechte aus und es hat den Anschein als müßten wir uns mühsam durch die bunte Karte der landesgesetzlichen Regelung der religiösen Kindererziehung hindurcharbeiten. Allein dem ist nicht so.

Zunächst tritt uns in der äußerst kontroversenreichen Materie die grundlegende Frage entgegen: Gehören die Vorschriften über die religiöse Erziehung dem bürgerlichen[3]) oder dem öffentlichen Rechte[4]) ausschließlich an, oder nur vorwiegend dem bürgerlichen bezw. vorwiegend dem öffent-

---

[1]) Landmann, Kom. zur Gew.-O., 5. Aufl., S. 238 f. [2]) Landmann a. a. O. [3]) So Oertmann S. 592 f u. v. Scheurl S. 8 ff. [4]) Wie Sehling S. 11.

lichen Rechte?[1]) Praeciser: Was in der religiösen Kindererziehung ist privatrechtlicher und was öffentlichrechtlicher Natur?

Bei Beantwortung dieser Frage muß ausgegangen werden vom Begriffe der Glaubensangehörigkeit. Seydel[2]) führt hiezu aus: „Wenn die Glaubensgesellschaften Gesellschaften des bürgerlichen Rechtes wären, so könnte der Rechtsgrund der Zugehörigkeit zu denselben nur der Eintritt in den Gesellschaftsvertrag sein. Die Glaubensgesellschaften sind jedoch Verbände des öffentlichen Rechts. Die Zugehörigkeit zu denselben ist ein öffentlichrechtliches Verhältnis ebensogut, wie Staats- oder Gemeindeangehörigkeit. Aber inbezug auf die Art der Begründung dieser Verhältnisse besteht ein sehr wesentlicher Unterschied. In die Staats- und Gemeindeangehörigkeit kann man ohne weiteres hineingeboren werden. . . . . In das Verhältnis der Zugehörigkeit zu einer Glaubensgesellschaft gelangt man niemals durch die Geburt allein. Es müssen noch Rechtshandlungen hinzukommen, welche die Aufnahme in die Glaubensgesellschaft bewirken." Der Volljährige wählt die Glaubensgesellschaft, der er angehören will, d. h. er gibt der Glaubensgesellschaft gegenüber seinen Willen dahin kund, daß er ihr angehören will und dazu kommt dann noch die Aufnahme. Dem Minderjährigen ist das Recht der eigenen Wahl versagt, die Befugnis über die Glaubenszugehörigkeit des Minderjährigen, der Kinder, zu bestimmen, ist Ausfluß der Erziehungsgewalt[3]).

Also der Erziehungsberechtigte bestimmt, in welcher Religion sein Kind erzogen werden soll, d. h. er gibt für das Kind die Eintrittserklärung in die Glaubensgesellschaft ab.

Diese Frage allein, die Begründung des Zugehörigkeitsverhältnisses zu einer Glaubensgesellschaft ist öffentlichrechtlicher Natur, während die religiöse Erziehung selbst, also die Mittel, die gebraucht werden, um eine gewisse religiöse Ueberzeugung in einem Kinde wachzurufen, zu fördern und zu festigen, Teil der übrigen Erziehung auch ist und ins bürgerliche Recht gehört[4]). Ob die Eltern in gemischter oder ungemischter Ehe leben, ist, von diesem Standpunkte aus betrachtet, natürlich vollkommen gleichgiltig.

Daß die hier vertretene Ansicht richtig ist, ergibt sich auch aus folgenden Erwägungen:

Das Recht der religiösen Kindererziehung ist ein Bestandteil der Kindererziehung überhaupt. Steht diese den Eltern im privatrechtlichen Sinn zu, so folgt aus allgemeinen

---

[1]) Mot. IV. 758. [2]) Das Staatsrecht des Königreichs Bayern, S. 344 f. [3]) Seydel a. a. O., S. 345. [4]) Ebenso Schmidt, S. 517 f.

Gründen, daß im Zweifel die hierüber bestehenden Normen sich auch auf den Fall der religiösen Erziehung erstrecken [1]).

Auch das Bürgerliche Gesetzbuch selbst betrachtet die religiöse Erziehung als Teil der Erziehung überhaupt. Das läßt sich aus den §§ 1779, Abs. 2 und 1801 B. G. B. entnehmen. Damit unterstellt das B. G. B. als Regelfall die gleiche Konfession zwischen Erziehungsberechtigtem und Mündel. Denn nur dann ist für eine gedeihliche religiöse Erziehung hinreichende Garantie geboten. Wenn das aber nicht in der Absicht des B. G. B. läge, so hätten die beiden zitierten §§ gar keinen Sinn.

Endlich gibt uns der Standpunkt der Verfassungsurkunde selbst Recht. Das Gesetz hat, wie sich aus den §§ 12 mit 23 der II. Verfassungsbeilage ergibt, an die religiöse Kindererziehung gedacht, sie aber nur für gewisse, einen besonderen Charakter aufweisende Fälle geregelt. Das läßt sich sinngemäß nur so erklären, daß das Gesetz im übrigen eine Regelung nicht mehr für notwendig hielt, eben weil sie nach Ansicht des Gesetzgebers schon anderweit gegeben wurde — nämlich in den allgemeinen Sätzen des bürgerlichen Erziehungsrechts [2]). Ueberdies sagt noch § 15 der II. Verf.-Beil., daß die sonst wegen der Erziehung zustehenden Rechte unberührt bleiben [3]).

Mit diesen Ausführungen scheint allerdings der Wortlaut des Art. 134 E. G. zu B. G. B. in Widerspruch zu stehen. Aber wollte Art. 134 wirklich nichts anderes sagen, als daß die landesgesetzlichen Vorschriften über die religiöse Erziehung der Kinder aufrecht erhalten bleiben, so wäre das ein Nonsens. Denn es kann nicht im B. G. B. von Reichswegen die ganze Frage der Erziehung, also auch der religiösen Erziehung geregelt sein, daneben aber trotzdem das Landesrecht über religiöse Erziehung aufrecht erhalten sein. Tatsächlich will der Vorbehalt etwas ganz anderes sagen, seine Fassung ist durchaus inkorrekt. § 1508 des 1. Entwurfes des B. G. B. sagte viel genauer: In welchem religiösen Bekenntnisse das Kind zu erziehen ist, bestimmt sich nach den Landesgesetzen. Auch alle Anträge, die in der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des B. G. B. gestellt wurden [4]), gingen dahin, Bestimmungen aufzunehmen darüber, in welchem religiösen Bekenntnisse das Kind zu erziehen sei. Doch wurden die Anträge abgelehnt. Man ging demnach davon aus, lediglich die Vorschriften über die Begründung der Zugehörigkeit zu einer

---

[1]) Oertmann, S. 610. [2]) Oertmann, S. 610. [3]) Oertmann, a. a. O. [4]) Prot. 331. III.

Glaubensgesellschaft der Landesgesetzgebung zu überlassen, nicht aber die ganze Frage der religiösen Erziehung. Diese gehöre an sich dem Privatrecht an [1]).

Daß der Wortlaut des Art. 134 mit seinem Inhalt nicht übereinstimmt, folgt auch aus dem, was die Landesgesetze über die religiöse Kindererziehung bestimmen. Eine Textvergleichung der einschlägigen Landesgesetze [2]) ergibt nämlich, fast durchweg eine Regelung lediglich der Frage, in welchem Bekenntnisse die Kinder erzogen werden sollen. Ueber die religiöse Kindererziehung überhaupt Bestimmungen zu treffen, haben die Landesgesetze gar keinen Anlaß und treffen auch in den meisten Fällen gar keine Bestimmungen; denn es gilt als Regel, daß die Eltern ihre Kinder in ihrer Konfession erziehen. Nur bei der gemischten Ehe haben die Landesgesetze eine Regelung für nötig erachtet, weil da hinter jedem Elternteil die betreffende Glaubensgesellschaft mit ihren Ansprüchen steht. Die Normierung im Gesetze soll künftigen Streitigkeiten vorbeugen.

Von diesem Standpunkte aus betrachtet, bietet diese Lehre weit weniger Schwierigkeiten als regelmäßig angenommen wird.

Wie oben dargelegt wurde, besteht das Konfessionsbestimmungsrecht in der Eintrittserklärung des gesetzlichen Vertreters in die Glaubensgesellschaft, die dieser für das Kind abgibt. Es handelt sich sonach um einen Akt der Vertretung; wer die Vertretung in den die Person betreffenden Angelegenheiten hat, hat also auch das Konfessionsbestimmungsrecht.

Was Recht und Pflicht der religiösen Erziehung im einzelnen für Befugnisse umfaßt, läßt sich nur im allgemeinen bestimmmen. Hauptsächlich werden hier in Betracht kommen die Unterweisung in den Glaubenswahrheiten der betreffenden Konfession und das Anhalten zu religiösen Uebungen. Doch steht den Eltern auch hier wieder die öffentliche Schulpflicht helfend zur Seite, nachdem in den meisten deutschen Bundesstaaten die Konfessionsschule eingeführt ist.

Eine Pflicht zu religiöser Erziehung läßt sich aus den Bestimmungen der Verfassungsurkunde freilich nicht ableiten; das würde im Widerspruch mit der dort garantierten Gewissensfreiheit stehen [3]). Wir werden aber später sehen, daß sich diese Pflicht zu religiöser Erziehung aus dem B. G. B. selbst ergibt.

[1]) Prot. a. a. O. [2]) Schmidt S. 1 ff. [3]) So Mayer S. 212 f. Seydel bayerisches Staatsrecht 1896 III. Bd. S. 503. A. A. Sartorius S. 69.

Ein Mißbrauch auf dem Gebiete der religiösen Erziehung ist in doppelter Weise möglich: einmal der Gewalthaber mißbraucht sein Recht auf Konfessionsbestimmung und sodann er mißbraucht sein Recht auf religiöse Erziehung. Dabei ist aber vor allem jedesmal zu berücksichtigen, daß, wenn das Vormundschaftsgericht Grund zu einem Einschreiten nach § 1666 B. G. B. haben soll, eine Gefährdung des geistigen Wohles des Kindes festgestellt werden muß. So ist die Wahl eines anderen als des von den Eltern eingenommenen Religionsbekenntnisses für das Kind noch keineswegs Mißbrauch [1]); wohl aber die Zuweisung zu einer bei uns überhaupt nicht üblichen (Muhamedanismus, Buddhismus) oder mit unseren allgemeinen sittlichen Anschauungen in Widerspruch stehenden Religion (z. B. einem Fetischkult) [2]). In einer konfessionslosen Erziehung kann ein Mißbrauch liegen, wenn das sittliche Wohl des Kindes durch sein religionsloses Aufwachsen erweislich geschädigt werden sollte [3]). Ist der Vater selbst religiös indifferent und weist er nachweislich nur zur Chicane gegen seine strenggläubige Ehefrau die Kinder einer fremden Konfession zu [4]), so liegt darin wohl Mißbrauch; § 1666 B. G. B. kommt aber trotzdem noch nicht zur Anwendung. Denn worin sollte hier die Gefährdung des geistigen Wohles liegen? Wir werden später sehen, daß sich die Frau hier mit der Klage aus § 1353 B. G. B. helfen kann; denn auch das Verhalten des einen Elternteils gegenüber den gemeinschaftlichen Kindern zählt zu den das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten. Würde in diesem Fall die Mutter das Kind zu gunsten ihrer Religion beeinflussen [5]), in den Grenzen einer Belehrung auf dasselbe einwirken [6]), so läge darin noch kein Mißbrauch. Mißbrauch liegt erst dann vor, wenn Vater oder Mutter mit rechtlich unzulässigen Mitteln, also im Wege eines rechtswidrigen Zwanges oder durch eine unlautere verbotene Beeinflussung auf das Kind einwirken [7]); hält der Vater in Ausübung seines Sorgerechtes das Kind zu rechtswidrigen, strafbaren, unsittlichen, gegen das Gesetz verstoßenden Handlungen an, so liegt auch darin ein Mißbrauch [8]). Die Gefährdung des geistigen Wohles liegt hier in dem gefährlichen Zwiespalt, der in der Seele des Kindes erregt wird [9]), in der Besorgnis, daß durch die einander widersprechenden Einwirkungen das religiöse Empfinden des Kindes vollständig

[1]) Oertmann, S. 612. [2]) Oertmann a. a. O. [3]) Oertmann, a. a. O. [4]) A. A. Oertmann, S. 612. [5]) Rspr. d. O. L. G. Band 12, S. 331 ff. [6]) Rspr. d. O. L. G. Band 7, S. 420. [7]) Jahrbuch f. Entscheidungen d. Kammergerichts. Band 33 A, S. 18 [8]) Ebenda S. 18. [9]) Rspr. d. O. L. G. Band 7, S. 420.

verwirrt und seine Religiosität überhaupt untergraben wird[1]). Als Beispiele für ein solches Verhalten seien angeführt: Ein Zwang zur Teilnahme an Gottesdiensten von Andersgläubigen[2]); dem Kinde wird zweierlei Religionsunterricht erteilt[3]); das evangelisch getaufte Kind wird von der katholischen Mutter gewaltsam vom Besuch des evangelischen Religionsunterrichts oder dem Gebrauch evangelischer Lehrbücher abgehalten oder es wird gezwungen zum Besuch des katholischen Unterrichts[4]).

§ 14.

Das Recht auf Züchtigung.

I.

§ 1631 Abs. 2 Satz 1 bestimmt: Der Vater kann kraft des Erziehungsrechts angemessene Zuchtmittel gegen das Kind anwenden.

„Die Pflicht und das Recht der Erziehung enthält naturgemäß auch die Befugnis, die zum Zwecke der Erziehung gefaßten Beschlüsse gegenüber dem Kinde durchzuführen. Das Kind ist insoweit Gehorsam schuldig und der Inhaber der Erziehungsgewalt befugt, die Durchführung der getroffenen Maßregeln durch Anwendung angemessener Zuchtmittel zu erzwingen. Eine nähere Bestimmung über die Art und die Mittel der häuslichen Zucht ist weder erforderlich noch angemessen. Der Erziehungsberechtigte hat in dieser Hinsicht die den konkreten Umständen entsprechende Bestimmung zu treffen[5])." Im konkreten Fall kann als Zuchtmittel genügen eine einfache Verwarnung, die der Erziehungsberechtigte dem Kinde gegenüber ausspricht; als schärfere Form kann eine Beschränkung des Unterhalts auf das Notdürftige in Betracht kommen[6]). Die Zuchtmittel können endlich auch in körperlicher Züchtigung bestehen. Doch ist hiebei zu betonen, daß dem Gewalthaber nur „angemessene" Zuchtmittel innerhalb der durch die Rücksichtnahme auf die Gesundheit und Bildung des Kindes bestimmten Grenzen gestattet sind[7]). Bei Beurteilung der Frage, was unter „angemessenen" Zuchtmitteln zu verstehen sei, kommt aber weiter noch in Betracht das Alter und die körperliche Konstitution des Kindes, die Beschaffenheit des angewendeten Mittels und die Art und

---

[1]) Rspr. d. O. L. G. Band 18, S. 281. [2]) Rspr. d. O. L. G. Band 7, S. 420. [3]) Ebenda. [4]) Rspr. d. O. L. G. Band 12, S. 331 ff. [5]) Mot. IV. 751. [6]) Staudinger, Bem. I. 2 d α zu 1631. [7]) Reichgerichtsräte, Bem. 3 zu 1631.

Weise, wie es angewendet wird und endlich ist immer hiebei auch der Erziehungszweck ins Auge zu fassen.

Dadurch, daß das Gesetz den Eltern die Anwendung angemessener Zuchtmittel gestattet, fehlt zugleich für eine körperliche Mißhandlung des Kindes das Moment der Rechtswidrigkeit im Sinne des § 223, 223a St. G. B., was Straflosigkeit zur Folge hat. Allein das ist nicht absolut zu verstehen. „Auch ein an sich zulässiges Mittel kann durch offenbares und erhebliches Uebermaß in der Anwendung unangemessen“ [1]) werden und damit rechtswidrig sein. So z. B. täglich fortgesetzte körperliche Mißhandlung, sodaß für die Gesundheit nachteilige Folgen entstehen; Einsperrung in einem dunklen und feuchten Keller [2]), Festbinden an einem Schrank oder Ofen [3]). In solchen Fällen genießt das Kind den Schutz des Strafgesetzbuches. Die sogen. kleine Strafgesetznovelle vom 19. Juni 1912 (R. G. Bl. 1912, S. 395 ff.) hat diesen Schutz noch erhöht durch Aufnahme einer besonderen Bestimmung, nämlich des § 223a Abs. 2: „Gleiche Strafe (Gefängnis nicht unter zwei Monaten) tritt ein, wenn gegen eine noch nicht achtzehn Jahre alte oder wegen Gebrechlichkeit oder Krankheit wehrlose Person, die der Fürsorge oder Obhut des Täters untersteht oder seinem Hausstand angehört, oder die der Fürsorgepflichtige der Gewalt des Täters überlassen hat, eine Körperverletzung mittels grausamer oder boshafter Behandlung begangen wird.“ Zweifellos hat aber auch das Vormundschaftsgericht Grund zu einem Einschreiten nach § 1666 B. G. B. Auch eine Verwirkung der elterlichen Gewalt nach 1680 B. G. B. kann in Frage kommen.

Ist das Recht auf Züchtigung gleichsam ein Hilfsrecht für die Erziehungsgewalt, so wird, wenn die Erziehung einem anderen vertragsweise überlassen wird, diesem auch das Züchtigungsrecht zustehen [4]). In der Gew.-O. ist das direkt ausgesprochen:

> § 127a. Der Lehrling ist der väterlichen Zucht des Lehrherrn unterworfen. . . . .
>
> Uebermäßige und unanständige Züchtigungen sowie jede die Gesundheit des Lehrlings gefährdende Behandlung sind verboten.

Dagegen steht der Dienstherrschaft dem Gesinde und zwar auch dem minderjährigen gegenüber ein Züchtigungsrecht nicht zu. E. G. zu B. G. B. Art. 95 Abs. 3. Läßt sich die Dienstherrschaft oder ihr Vertreter trotzdem Tätlich-

[1]) Knitschky, S. 150. [2]) Knitschky, S. 150. [3]) Knitschky a. a. O. [4]) Crome IV. Anm. 17 zu § 697.

keiten gegen Dienstboten zu schulden kommen oder verweigert sie dem Dienstboten Schutz gegen solche Handlungen eines Familienangehörigen der Dienstherrschaft oder des Vertreters, eines anderen Dienstboten oder eines Angestellten, so liegt darin ein wichtiger Grund, der den Dienstboten zur Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigt. Vergl. Art. 15 Abs. 1 Ziff. 3 des bayer. Ausführungsgesetzes zum B. G. B., vergl. aber auch Art. 25, Abs. 2 l. c.

Auch ohne Uebertragung des Erziehungsrechtes dürfte unter Umständen nützliche Geschäftsführung für die Eltern anzunehmen sein [1]). Aus diesem Gesichtspunkte heraus dürfte dann auch einem angegriffenen Dritten nicht verwehrt werden, gegen ruchlose Straßenbengel durch Züchtigungen einzuschreiten [2]).

II.

§ 1631 Abs. 2 Satz 2 bestimmt: Auf seinen Antrag hat das Vormundschaftsgericht den Vater durch Anwendung geeigneter Zuchtmittel zu unterstützen.

„Die nähere Bestimmung der dem Vormundschaftsgerichte zu Gebote stehenden Zwangs- und Korrektionsmittel ist den, sei es reichsgesetzlich, sei es landesgesetzlich zu treffenden Vorschriften über das Verfahren der Vormundschaftsgerichte zu überlassen. Der § 1504 (jetzt 1631) gewährt dem Erziehungsberechtigten insbesondere auch die Möglichkeit, das verwahrloste Kind mit Hilfe des Gerichts in einer Erziehungs- oder Besserungsanstalt unterzubringen. Da es sich hier aber lediglich um eine Unterstützung des elterlichen Zuchtrechtes handelt, so kann das Vormundschaftsgericht, sofern nicht die Voraussetzungen des § 1546 (jetzt 1666) vorliegen, nur auf Antrag des Berechtigten einschreiten und gegen den Willen des letzteren die auf Antrag getroffenen Maßregeln nicht aufrecht erhalten. Uebrigens geht der Entwurf davon aus, daß das Gericht, wenn dessen Unterstützung in Anspruch genommen wird, weder verpflichtet noch berechtigt ist dem Antrag unbedingt stattzugeben; vielmehr hat es selbständig zu prüfen, ob die Gewährung einer Unterstützung durch die konkreten Umstände gerechtfertigt ist [3])." Aus diesem Prüfungsrecht folgt, daß das Vormundschaftsgericht insbesondere dann seine Mitwirkung wird versagen dürfen und müssen, wenn der Antrag dem Interesse des Kindes widerstreitet [4]). Das Vor-

[1]) Crome IV. Anm. 17 zu § 607. [2]) Endemann, IV. Buch, S. 584. A. A. Staudinger, Anm. 5 zu § 679. [3]) Mot. IV. 752. [4]) Staudinger, Bem. I. 2 d g zu 1631.

mundschaftsgericht geht hier nicht ex officio vor, anders als wie in § 1666 B. G. B., seine Tätigkeit setzt vielmehr die Stellung eines Antrages voraus [1]). Und ferner, da die auf Antrag des Gewalthabers erfolgten Anordnungen des Vormundschaftsgerichts lediglich seiner Unterstützung bei Ausübung des Erziehungsrechts dienen, so kann der Antragsteller jederzeit auf die ihm zuteil gewordene Unterstützung verzichten. Zieht der Antragsteller sein Ersuchen zurück oder erklärt er in anderer Weise, daß er die weitere Anwendung der vormundschaftsgerichtlichen Zuchtmittel beendet wissen wolle, so hat daher das Vormundschaftsgericht die dem Kinde gegenüber getroffenen Maßregeln namentlich auch dessen Zwangserziehung unverzüglich aufzuheben [2]).

Darüber, welches Zuchtmittel das Vormundschaftsgericht zur Anwendung bringen will, entscheidet das Gericht nach freiem Ermessen. Ob und inwieweit zum Vollzuge einer Verfügung unmittelbarer Zwang zulässig ist, darüber bestimmt Art. 130 des bayer. Ausführungsgesetzes zum B. G. B.

§ 15.

Recht und Pflicht der Aufsicht.

Die Sorge für die Person des Kindes umfaßt nach § 1631 B. G. B. auch das Recht und die Pflicht, das Kind zu beaufsichtigen. Die Beaufsichtigung soll den Eltern die ständige Kontrolle über die Handlungen des Kindes ermöglichen [3]), denn eine Erziehung ohne Beaufsichtigung ist nicht denkbar [4]). Immerhin fällt aber „die Beaufsichtigung eines Minderjährigen nicht mit dessen Erziehung zusammen, wie auch § 1631 deutlich ergibt, der die Erziehungspflicht und die Beaufsichtigungspflicht der Eltern als besondere Teile der Sorge für die Person des Kindes aufführt“ [5]). Nur in den ersten Kindheitsjahren besteht die Erziehung hauptsächlich in der Beaufsichtigung, sie ist hier ein Mittel zur Erziehung [6]). Aber die Fortschritte der Erziehung, der geistigen und sittlichen Ausbildung des Kindes nach Maßgabe seiner Verhältnisse und Anlagen geben einen Maßstab für das Bedürfnis der Beaufsichtigung; je mehr ein Kind bereits erzogen ist, desto weniger bedarf es der Aufsicht und umgekehrt [7]).

---

[1]) Endemann IV. Buch, S. 583. [2]) Opet, S. 200. Staudinger Bem. I, 2 d g. zu 1631. [3]) Opet, S. 211. [4]) Mayr, Die Aufsichtspflicht der Eltern. Bl. f. R. A. Bd. 71, S. 109 ff. [5]) Reichgerichtsräte, Bem. 4 zu 832. [6]) Mayr a. a. O. [7]) Reichsgerichtsräte. Bem. 4 zu 832.

Die Nichterfüllung dieser insbesondere im Interesse Dritter statuierten Pflicht führt zu einer dreifachen Haftung des Aufsichtspflichtigen:

1. Die rein civilrechtliche Haftung.

§ 832 B. G. B. bestimmt: Wer kraft Gesetzes zur Führung der Aufsicht über eine Person verpflichtet ist, die wegen Minderjährigkeit . . . . der Beaufsichtigung bedarf, ist zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den diese Person einem Dritten widerrechtlich zufügt. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn er seiner Aufsichtspflicht genügt oder wenn der Schaden auch bei gehöriger Aufsichtsführung entstanden sein würde.

Die gleiche Verantwortlichkeit trifft denjenigen, welcher die Führung der Aufsicht durch Vertrag übernimmt.

Die der Aufsicht unterliegende Person muß einem Dritten widerrechtlich Schaden zugefügt haben. Nur auf die objektive Widerrechtlichkeit kommt es an. Verschulden und Deliktsfähigkeit der unter Aufsicht stehenden Person sind nicht erforderlich [1]).

Der Regel nach steht die Sorge für die Person und damit die Aufsichtspflicht gemäß § 1634 B. G. B. beiden Elternteilen zu; sie haften also beide als Gesamtschuldner. § 840 Abs. 1. Hat das Kind das siebente Lebensjahr vollendet und besitzt es bei der Begehung der schädigenden Handlung die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht, so haftet auch das Kind. § 828. In ihrem Verhältnis untereinander haftet das Kind allein; 840. Abs. 2. Ist aber vom Aufsichtspflichtigen Ersatz des Schadens nicht zu erlangen, so hat das nach 828 nicht verantwortliche Kind den Schaden zu tragen; 829. Doch kann es seinerseits wieder Regreß gegen den Aufsichtspflichtigen nehmen. § 840 Abs. 2 am Schlusse [2]).

Ist neben demjenigen, welcher durch Vertrag die Aufsicht übernommen hat, auch ein gesetzlich zur Aufsicht Verpflichteter vorhanden, so haften beide dem Verletzten als Gesamtschuldner, der letztere jedoch nur, wenn er nicht durch den Vertrag, durch welchen ein anderer die Aufsicht übernommen hat, in genügender Weise seiner Aufsichtspflicht erfüllt hat [3]).

Der Aufsichtspflichtige kann jedoch in verschiedener Weise den Exulpationsbeweis führen:

Er kann behaupten, er habe seine Aufsichtspflicht genügt. Wann das der Fall ist, läßt sich allgemein nicht

[1]) Planck, Bem. 1 b zu 832. Staudinger, Bem. III. 2 zu 832. [2]) Staudinger, Bem. VI. zu 832. [3]) Planck, Bem. 1 b zu 832.

sagen, die Entscheidung kann nur unter Berücksichtigung aller Umstände des einzelnen Falles getroffen werden [1]). Das Maß der von den Eltern zu leistenden Aufsicht bestimmt sich nach dem, was nach Alter und Entwicklung der Kinder von verständigen Eltern in Berücksichtigung ihrer wirtschaftlichen Lage und ihrer eigenen Geschäfte und Berufspflichten erwartet werden kann [2]). Der Aufsichtspflichtige braucht selbstverständlich die seiner Aufsicht unterliegenden Personen nicht immer auf Schritt und Tritt zu begleiten [3]). Von dem Alter, der Bildung, dem Charakter des zu Beaufsichtigenden hängt es ab, inwieweit der Aufsichtspflichtige dem zu Beaufsichtigenden freie Bewegung gestattet [4]). Auch der Nachweis, daß er sein Kind gut erzogen habe, wird den Aufsichtspflichtigen entlasten [5]). Ferner spielt bei der Beurteilung der Frage, ob der Aufsichtspflicht genügt ist, das Maß der vom Kinde ausgehenden Gefahr [6]) eine Rolle, beispielsweise die Art und die Beschaffenheit des Spielzeugs.

Endlich entfällt die Haftung des Aufsichtspflichtigen immer dann, wenn er eine zuverlässige Person mit der Aufsicht beauftragt [7]), wenn er sonach bei Auswahl der Person die erforderliche Sorgfalt beobachtet hat.

Aus der Fassung des 832 und dem Grundgedanken des Gesetzes, wonach diese Vorschrift eine Präsumption für das Verschulden des Aufsichtspflichtigen aufstellt [8]), ergibt sich, daß diesem obliegt, die Präsumption zu entkräften durch den Nachweis, er habe seiner Aufsichtspflicht genügt. Ihn trifft also die Beweislast.

Schließlich haftet der Aufsichtspflichtige auch dann nicht, wenn der Schaden auch bei gehöriger Aufsichtsführung entstanden sein würde. Dadurch ist dann festgestellt, daß ein Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Aufsichtspflichtigen und dem eingetretenen Schaden nicht besteht [9]).

Haften beide Elternteile als Gesamtschuldner, so kann jeder Elternteil seine Haftung durch den Nachweis seiner Tätigkeit abwenden [10]). Auch wird der Mutter, die als Gesamtschuldnerin mit dem Mann in Anspruch genommen wird, der Einwand nicht abzuschneiden sein, daß der Eintritt der Vernachlässigung die Folge einer von ihr widersprochenen Anordnung des Mannes, dessen Meinung sie

---

[1]) Planck, Bem. 2a zu 832. [2]) Reichsgerichtsräte, Bem. 7 zu 832. [3]) Planck, Bem. 2a zu 832. [4]) Plank, Bem. 2a zu 832. [5]) Planck a. a. O. [6]) Reichsgerichtsräte, Bem. 7 zu 832. [7]) Planck, Bem. 2a zu 832. [8]) Staudinger, Note I zu 832. [9]) Planck, Bem. 2b zu 831. [10]) Spahn, S. 90.

sich gemäß § 1634 Satz 2 B. G. B. habe unterordnen müssen, sei [1]).

Wie eingangs schon bemerkt wurde, ist die Aufsichtspflicht ein Teil der tatsächlichen Fürsorge für das Kind. Es ist Aufgabe des Geschädigten, der Ansprüche aus verletzter Aufsichtspflicht geltend macht, zu prüfen, wer auf die Klage passiv legitimiert ist. Haftbar ist nur der, dem die Sorge für die Person zusteht und solange sie ihm zusteht; nicht also der Vater, wenn er die elterliche Gewalt verwirkt hat, nicht der Vormund, der nur Vertreter in persönlichen Angelegenheiten ist.

2. Einschreiten des Vormundschaftsgerichts.

Bezweckt § 832 B. G. B. hauptsächlich den Schutz dritter Personen, so statuiert § 1631 B. G. B. eine Aufsichtspflicht im allereigensten Interesse des Kindes. Aus dem Fehlen dieser Aufsicht können für das Kind die schwersten Nachteile in körperlicher und geistiger Hinsicht entstehen. Wenn der Vater sein Kind überhaupt nicht oder nur in mangelhafter Weise beaufsichtigt, so ist darin zweifellos eine Vernachlässigung zu erblicken [2]). Das Vormundschaftsgericht ist also mit Recht zum Einschreiten nach § 1666 B. G. B. befugt.

3. Strafrechtliche Verantwortlichkeit.

Das Recht reagiert noch in einer dritten Form auf die Verletzung der Aufsichtspflicht. Denn es macht für gewisse strafbare Handlungen der Kinder diejenigen verantwortlich, denen die Aufgabe obliegt, ihre Kinder zu tüchtigen und brauchbaren Menschen heranzuziehen und sie von allem, was die Erreichung dieses Zieles gefährden könnte, fernzuhalten. Das Recht betrachtet die Aufsichtspflicht gleichsam als Hilfspflicht der Erziehungsgewalt und sieht sich deshalb veranlaßt, einen Mißbrauch der ersteren zu ahnden, weil damit auch die gewissenhafte Erfüllung der letzteren in Frage gestellt wird. Aus diesem rechtspolitischen Gedanken erklären sich die nachstehenden strafrechtlichen Bestimmungen.

Nach § 361 Ziff. 4 St. G. B. wird mit Haft bestraft, wer bettelt, oder Kinder zum Betteln anleitet oder ausschickt oder Personen, welche seiner Gewalt und Aufsicht untergeben sind und zu seiner Hausgenossenschaft gehören, vom Betteln abzuhalten unterläßt.

[1]) Opet, S. 212. [2]) Staudinger, Bem. II. B 2 zu 1666.

§ 361 Ziff. 9 St. G. B. belegt mit Haft bezw. Geldstrafe bis zu 150 Mark:

Wer Kinder oder andere unter seiner Gewalt stehende Personen, welche seiner Aufsicht untergeben sind und zu seiner Hausgenossenschaft gehören von der Begehung von Diebstählen, sowie von der Begehung strafbarer Verletzungen der Zoll- oder Steuergesetze, oder der Gesetze zum Schutze der Forsten, der Feldfrüchte, der Jagd oder der Fischerei abzuhalten unterläßt. Vergl. hiezu § 153 des Vereinszollgesetzes vom 1. Juli 1869 und § 6 des Vogelschutzgesetzes vom 30. Mai 1908.

Das Polizeistrafgesetzbuch für Bayern vom 26. Dezember 1871 hat gleichfalls zwei Bestimmungen, denen der obige Gedanke zugrunde liegt.

Art. 56. Eltern, Pflegeeltern, Vormünder, Dienst- und Lehrherrn, welche ihren schulpflichtigen Kindern, Pflegekindern, Mündeln, Dienstboten oder Lehrlingen den Besuch von Wirtshäusern ohne gehörige Aufsicht . . . . gestatten, werden an Geld bis zu zehn Talern oder mit Haft bis zu acht Tagen bestraft.

Art. 81. Wer ihm angehörige oder anvertraute Kinder, Kranke, Gebrechliche, Blödsinnige oder . . . . . in Bezug auf Schutz, Aufsicht, Verpflegung oder ärztlichen Beistand verwahrlost, wird an Geld bis zu 30 Talern oder mit Haft bis zu vier Wochen bestraft.

Im Strafurteile kann ausgesprochen werden, daß die Polizeibehörde ermächtigt sei, in anderer Weise für die Unterbringung der betreffenden Person auf Kosten des Pflichtigen zu sorgen. Die Ermächtigung ist, wenn es sich um eine Maßregel handelt, zu der eine Anordnung des Vormundschaftsgerichts erforderlich ist, von der Erlassung dieser Anordnung abhängig zu machen.

Daß in diesen vier mit Strafe bedrohten Fällen das Vormundschaftsgericht auf Grund des 1666 B. G. B. zu einem Einschreiten befugt ist, versteht sich von selbst.

§ 16.

Aufenthaltsbestimmung.

Aus der Erziehungsgewalt folgt von selbst, daß der Gewalthaber berechtigt sein muß, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen, insoweit der Zweck der Erziehung es erfordert [1]). Aber dieses Recht ist nicht Ausfluß der Erziehungsgewalt, sondern Ausfluß der Personensorge über-

[1]) Mot. IV. 751.

haupt, steht dem Inhaber derselben also auch da zu, wo von einer Erziehung nicht mehr die Rede sein kann, z. B. wenn das Kind blödsinnig, geisteskrank ist; auch hier hat er ein Recht und die Pflicht die im Interesse des Kindes notwendige Bestimmung über den Aufenthalt des Kindes zu treffen [1]). Nicht mit Unrecht ist diese Befugnis der Aufenthaltsbestimmung als ein Hilfsrecht behufs der Durchführung der durch die Sorge für die Person den Eltern auferlegten Pflichten bezeichnet worden [2]).

Nach § 11 B. G. B. teilt ein eheliches Kind den Wohnsitz des Vaters, ein uneheliches Kind den Wohnsitz der Mutter, ein adoptiertes den Wohnsitz des Adoptierenden. Diesen Wohnsitz behält das Kind, bis es ihn rechtsgültig aufhebt. An diesen Bestimmungen über den Wohnsitz wird durch das Recht aus § 1631 B. G. B. nichts geändert. Der Begriff Wohnsitz hat spezifisch juristische Bedeutung, während das Wort „Aufenthalt" rein faktische Umstände (eine Raumbeziehung) in sich begreift [3]). Auch wenn z. B. der Vater die elterliche Gewalt verwirkt hat und das Kind bei der von ihm getrennt lebenden Mutter wohnt, so hat es doch seinen Wohnsitz da, wo der Vater ihn hat. Ueber den Aufenthalt kann dieser aber nicht mehr bestimmen. Wohnsitz und Aufenthalt sind zwei vollkommen verschiedene Begriffe.

Das Recht den Aufenthalt zu bestimmen, schließt ein doppeltes in sich: nämlich die Befugnis den Wohnort und die Wohnung zu bestimmen [4]).

a) Die Kinder teilen den Aufenthalt mit den Eltern.

Gerade darin, daß die Eltern ihre Kinder bei sich haben, kann ein Mißbrauch der Personensorge liegen und Grund für ein Einschreiten des Vormundschaftsgerichts nach 1666 B. G. B. gegeben sein. Ist z. B. die Mutter Prostituierte, sind die Eltern dem Trunke ergeben, so würde die richtige Fürsorge zunächst die Aenderung des schlechten Lebenswandels verlangen, mindestens aber verlangt das Recht der Aufenthaltsbestimmung, daß sie ihre Kinder nicht bei sich behalten, sondern sie bei Verwandten, wenn das möglich ist, unterbringen. Zwangserziehung würde sonst kaum zu umgehen sein.

b) Das Kind teilt den Aufenthalt der Eltern nicht.

α) Entweder hat dann das Kind den Aufenthalt gewählt mit Willen seiner Eltern, z. B. zwecks beruflicher

[1]) Mot. a. a. O. [2]) Opet, S. 194. [3]) Opet, S. 212. [4]) Staudinger, Note III zu 1631.

Ausbildung. Hier würde Mißbrauch vorliegen, wenn der Gewalthaber grundlos eine Aenderung des Aufenthaltsortes wollte, sodaß die Erreichung des Berufes unmöglich würde; oder umgekehrt, wenn die Eltern ihre Zustimmung zu einem Aufenthaltswechsel grundlos verweigern würden, obwohl der Wechsel notwendig wäre, um dem Kinde die Ausübung der ihm nach § 112, 113 B. G. B. eingeräumten Befugnisse zu ermöglichen [1]).

β) Oder das Kind hat einen Aufenthalt gegen den Willen seiner Eltern begründet.

In diesem Falle kann der Gewalthaber sein Kind selbst mit Zwang wieder zurückführen [2]).

γ) Die Eltern treffen über den Aufenthalt gar keine Bestimmung, sie kümmern sich überhaupt nicht darum, wo und bei wem sich das Kind aufhält.

Vorweg sei bemerkt, daß darin eine Vernachlässigung des Kindes liegt, die wieder zum vormundschaftsgerichtlichen Einschreiten nach 1666 B. G. B. führt. Dieses gerichtliche Vorgehen kann das Kind vom vollendeten vierzehnten Lebensjahre an durch selbständige Antragstellung erreichen. Denn nach § 59 F. G. G. steht ihm in allen seine Person betreffenden Angelegenheiten ein Beschwerderecht ohne Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters zu. Aus diesem selbständigen Beschwerderechte des § 59 folgt aber, daß dem Kinde oder dem Mündel ein selbständiges Antragsrecht zusteht [3]). Das Vormundschaftsgericht kann die Aufnahme ins Elternhaus anordnen.

Dieser und nur dieser Weg steht dem Kinde zur Verfügung um wieder ins Elterhaus zu gelangen.

Eine Klage auf Aufnahme ins Elternhaus, wie Planck will [4]), oder eine Klage gegen den Vater über den Aufenthalt eine Bestimmung zu treffen, wie Staudinger will [5]), ist dem Kinde zu versagen. Denn einmal hängt es überhaupt von dem pflichtgemäßen Ermessen des Gewalthabers ab, ob er sein Kind in der elterlichen Wohnung erziehen will [6]) oder nicht; dazu ist er in keiner Weise verpflichtet. Und sodann handelt es sich nicht, wie bei der Unterhaltspflicht, um ein familienrechtliches Schuldverhältnis, sondern um ein Gewaltverhältnis, dem der Rechtsschutz in der Form des staatlichen Aufsichtsrechts und in dem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuteil wird [7]). Planck müßte von

[1]) Opet, S. 213. [2]) Staudinger, Note 6 zu 1632. [3]) Schneider-Keßler, Gesetz über die Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit. 3. Aufl. München 1908. Note 4 zu § 59. [4]) Planck, Bem. 3 zu 1631. Dagegen aber Staudinger Note III zu 1631. [5]) Note III zu 1631. [6]) Opet-Blume, Bem. 4 zu 1631. [7]) Opet-Blume, Bem. 8 zu 1631.

seinem Standpunkte aus konsequenterweise dem Kinde überhaupt eine Klage auf Erfüllung der Elternpflichten, eine Klage auf Erziehung geben, was aus dem eben angeführten Gesichtspunkte aber durchaus abzulehnen ist.

Auch dieses Recht der Aufenthaltsbestimmung steht unter strafrechtlichem Schutz. Vergl. Art. 42 des bayerischen Pol. St. G. B. und §§ 235 und 236 des R. St. G. B.

§ 17.

Das Recht auf persönlichen Verkehr.

Maßgebende Vorschrift ist § 1636 B. G. B.: Der Ehegatte, dem nach § 1635 die Sorge für die Person des Kindes nicht zusteht, behält die Befugnis mit dem Kinde persönlich zu verkehren. Das Vormundschaftsgericht kann den Verkehr näher regeln.

Die Auslegung dieser Gesetzesstelle hat zu der Annahme geführt, daß es sich hiebei überhaupt nicht um ein Recht der elterlichen Gewalt handelt, sondern um ein Recht, das dem zwischen Eltern und Kindern bestehenden Verwandtschaftsverhältnis entspringt [1]).

Allein dagegen spricht einmal der Ort, wo sich diese Gesetzesstelle befindet. Entspränge dieses Recht dem allgemeinen Verhältnis zwischen Eltern und Kindern, warum steht sie dann nicht unter „I. Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und dem Kinde im allgemeinen?“ Sie steht vielmehr unter dem Abschnitt „Elterliche Gewalt“.

Und sodann: wenn das Gesetz sagt: Der Ehegatte, aus dessen Verschulden die Ehe geschieden wird, verliert die Sorge für die Person, ausdrücklich aber hinzufügt „das Recht auf persönlichen Verkehr verbleibt ihm“, so ist eben der Gedanke des Gesetzes folgender: Mit dem Verluste der Personensorge gehen regelmäßig alle Rechte, die Ausfluß der Personensorge sind, verloren, also auch das Recht auf persönlichen Verkehr. Nur hier ist eine Ausnahme von diesem Prinzip statuiert.

Auch hieraus ergibt sich, daß das Gesetz das Recht auf persönlichen Verkehr als Bestandteil der elterlichen Gewalt betrachtet wissen wollte [2]), demnach in diesem Zusammenhang seine Darstellung finden muß.

Inhaltlich liegt in diesem Rechte die Befugnis von dem anderen Ehegatten zu verlangen, daß dieser ihm den Zutritt zu dem Kinde gewährt und die Möglichkeit gibt

[1]) Staudinger, Bem. 4 zu 1636. [2]) Reichsgerichtsräte, Bem. 1 zu 1636 und Endemann, IV. Buch, S. 584.

mit ihm in persönliche Berührung zu kommen [1]). Der fürsorgeberechtigte Ehegatte braucht dem anderen Ehegatten das Kind nicht zu bringen, sondern dieser muß zu dem Kinde kommen; natürlich darf der fürsorgeberechtigte Ehegatte nicht den Aufenthalt des Kindes in einer Weise bestimmen, daß dem anderen Ehegatten der persönliche Verkehr mit dem Kinde über Gebühr erschwert oder gar unmöglich gemacht wird [2]). Das räumliche Zusammentreffen und die mündliche Aussprache [3]) sollen die Eltern instand setzen, sich selbst von dem leiblichen und geistigen Wohle des Kindes zu überzeugen um nötigenfalls durch Stellung entsprechender Anträge auf die Förderung des Wohles hinwirken zu können [4]). Eine sinngemäße Auslegung muß m. E. dazu führen, unter persönlichem Verkehr auch den brieflichen zu verstehen. Warum soll dem Elternteil, der durch Krankheit oder weite Entfernung daran gehindert ist, das Kind persönlich aufzusuchen, jeder Verkehr mit dem Kinde abgeschnitten sein? [5]) Der Sinn der Vorschrift ist doch gerade der, daß ein Recht auf Fortunterhaltung der Beziehungen gegeben sein soll; das wäre aber unmöglich, wenn der briefliche Verkehr ausgeschlossen wäre [6]).

§ 1636 B. G. B. bezieht sich nur auf den Fall des 1635, d. h. die Vorschrift des 1636 gewinnt nur Bedeutung, wenn die Ehe wegen Verschuldens geschieden ist. Vorher, also noch während des Scheidungsprozesses oder bei nur tatsächlichem Getrenntleben der Ehegatten ist 1636 gar nicht nötig, denn da hat ja jeder Elternteil noch die Personensorge, somit auch das Recht auf Verkehr mit dem Kinde. Entsteht hier Streit über das Recht auf Verkehr zwischen den Ehegatten, beeinträchtigt z. B. der Mann die Frau in ihrem Mitsorgerecht (1634), so ist zur Schlichtung nicht das Vormundschaftsgericht, sondern das Prozeßgericht berufen; denn es handelt sich nicht um Wahrnehmung der Interessen des Kindes, sondern lediglich um Verfolgung der Rechte eines Gatten gegen den anderen [7]). Während des Scheidungsprozesses kann das Prozeßgericht wegen der Sorge für die Person der gemeinschaftlichen minderjährigen Kinder durch einstweilige Verfügung Anordnungen treffen, also auch den Verkehr der Eltern mit ihren Kindern wäh-

[1]) Planck, Bem. 1 zu 1636. [2]) Planck a. a. O. [3]) Endemann, IV. Buch, S. 585. [4]) Reichsgerichtsräte, Bem. 1 zu 1636. [5]) Endemann, IV. Buch, S. 585. [6]) Endemann, IV. Buch, S. 585, Anm. 36. A. A. Reichsgerichtsräte, Bem. 1 zu 1636. Staudinger, Bem. 2 a zu 1636. [7]) Josef, Die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts für die Regelung des persönlichen Verkehrs zwischen Eltern und Kind während bestehender Ehe. Bl. f. RA. Bd. LXXIV, S. 121 ff. A. A. Reichsgerichtsräte, Bem. 1 zu 1636.

rend des Scheidungsprozesses regeln. Zweckmäßig wird der Prozeßrichter aber den Erlaß einer solchen einstweiligen Verfügung ablehnen im Hinblick darauf, daß mit dem Urteil ausschließliche Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts gegeben ist[1]) und leicht widersprechende Verfügungen des Prozeßrichters und des Vormundschaftsrichters zu befürchten sind.

Ob der eine Elternteil gegen den anderen das Recht auf persönlichen Verkehr im Klagewege verfolgen kann, ist in der Literatur streitig.

Man muß hier unterscheiden: Die Bestimmung in Satz 2 des 1636, wonach das Vormundschaftsgericht den Verkehr näher regeln kann, ist getroffen im Interesse des Kindes. Diese Vorschrift bezieht sich also lediglich auf das Verhältnis von Eltern zum Kinde. Satz 1 des 1636 dagegen bezieht sich auf das Verhältnis von Elternteil zu Elternteil. Rechtsgrund ist hier nicht das Wohl des Kindes, sondern das der Eltern. Es ist demnach ein eigennütziges Recht der Eltern[2]), das auch dem bleibt, der die Personensorge nicht mehr hat und das er im Prozeßwege durchsetzen kann[3]). Würde dann der andere Teil im Prozesse einwenden, der Verkehr widerstreitet dem Interesse des Kindes, so kann Kläger den Beklagten mit dieser Einrede auf sein Antragsrecht am Vormundschaftsgericht verweisen, aber der Beklagte muß den Verkehr gestatten.

Nach welchen Gesichtspunkten hat nun das Vormundschaftsgericht den Verkehr im Sinne des § 1636 Satz 2 B. G. B. näher zu regeln?

Die Anordnung des Vormundschaftsgerichts soll der doppelten Zweckbestimmung des 1636 Satz 1 und Satz 2 B. G. B. Rechnung tragen; sie soll demnach einen billigen Ausgleich treffen zwischen dem Interesse des nach 1636 berechtigten Elternteils einer- und dem Interesse des Kindes andererseits[4]). Das Interesse des Kindes ist also nicht der allein ausschlaggebende Faktor[5]). Auch wenn der Verkehr für das Kind nicht vorteilhaft wäre, der Vorschrift des 1636 gemäß dürfte das Vormundschaftsgericht den Verkehr nicht gänzlich untersagen; die Regelung soll nur so erfolgen, daß das Kind möglichst wenig Schaden nimmt[6]).

Planck[7]) nimmt an, das Vormundschaftsgericht könne den persönlichen Verkehr zwar auf Grund des 1636 nicht

---

[1]) Sydow-Busch, Z. P. O. und G. V. G. 13. Aufl. Berlin 1910. Note 6 zu 627. [2]) Opet-Blume, Bem. 1 zu 1636. [3]) Opet-Blume, Bem. 4 zu 1636. Planck, Bem. 2. Staudinger, Bem. 3. [4]) Opet-Blume. Bem. 3 zu 1636. [5]) Opet-Blume a. a. O. Dagegen Staudinger Note 2a zu 1636. [6]) Opet-Blume, Bem. 3 zu 1636. [7]) Bem. 6 zu 1636.

untersagen, wohl aber auf Grund des 1666. Denn dieser werde durch die erstere Vorschrift nicht berührt. Dem ist aber entgegenzuhalten: Die Schutzmaßregeln des 1666 wenden sich gegen denjenigen, der sein Recht der Personensorge mißbraucht, setzen also voraus, daß dem betreffenden Elternteil die Personensorge noch zusteht. Daraus ergibt sich zunächst: Auf Grund des 1666 kann das Vormundschaftsgericht gegen den nicht fürsorgeberechtigten des 1636 gar nicht vorgehen. Andererseits, wenn der nach 1636 fürsorgeberechtigte einen Verkehr des Kindes mit dem geschiedenen Ehegatten dulden würde, der sich vielleicht als Mißbrauch seines Rechtes im Sinne des 1666 darstellt, so könnte das Vormundschaftsgericht diesen Verkehr wohl einschränken, niemals aber völlig untersagen; denn damit würde es das zum Anspruch erhobene Recht des anderen Ehegatten verletzen.

§ 18.

Das Recht auf Herausgabe des Kindes.

§ 1632 B. G. B. bestimmt: Die Sorge für die Person des Kindes umfaßt das Recht, die Herausgabe des Kindes von Jedem zu verlangen, der es dem Vater widerrechtlich vorenthält.

Zur Begründung dieser Vorschrift führen die Motive an: „Dem Rechte für die Person des Kindes zu sorgen, muß das Recht zur Seite stehen, die Herausgabe des Kindes von Jedem zu verlangen, der es widerrechtlich vorenthält, damit dem Berechtigten die Möglichkeit gesichert wird, den zur Ausübung seines Rechts und seiner diesem Rechte entsprechenden Pflicht erforderlichen faktischen Zustand herbeizuführen. Der Anspruch ist nicht Ausfluß des Rechtes der gesetzlichen Vertretung des Kindes, sondern steht demjenigen Elternteile, welcher das Recht der Sorge für die Person des Kindes hat auch dann zu, wenn er von der gesetzlichen Vertretung ausgeschlossen ist, also namentlich auch der Mutter, soweit ihr, auch wenn sie nicht Gewalthaber ist, das Recht der Sorge für die Person des Kindes beigelegt ist. Der Anspruch ist aber nur gegen denjenigen begründet, welcher das Kind widerrechtlich vorenthält. Aus den allgemeinen Beweisgrundsätzen ergibt sich übrigens von selbst, daß es Sache des Beklagten ist, im Wege der Einrede die besonderen Umstände darzulegen und zu beweisen, die ihm das Recht geben, dem Kläger, trotzdem er an sich das Recht hat, für die Person des Kindes zu sorgen, das Kind vorzuenthalten. Daß eine solche Einrede

aus der vertragsmäßigen Ueberlassung der Sorge für die Person nicht entnommen werden kann, folgt aus der Unwirksamkeit des Verzichts auf das Recht dieser Sorge. Ebensowenig vermag der Umstand eine wirksame Einrede zu begründen, daß dem Beklagten wegen der Alimentation des Kindes ein Ersatzanspruch gegen den Kläger zusteht, da jedenfalls der absolute Charakter der dem Kläger dem Kinde gegenüber obliegenden Pflicht einer solchen Einrede entgegensteht [1]).

Unser B. G. B. hat hier das Prinzip einer vormundschaftlich gestalteten elterlichen Gewalt durchbrochen und den Eltern ein Recht in der Form des Anspruchs — also im Prozeßwege verfolgbar — eingeräumt; eine m. E. total verunglückte Ausnahme, die in der Praxis zu den unheilvollsten Konsequenzen führen kann und muß.

Dieser Anspruch hat überdies die Besonderheit, daß er als ein sachenrechtlicher gestaltet ist und mit der Eigentumsklage den vollkommen absoluten Charakter gemein hat [2]). Man hat deshalb auch diesen Anspruch aus § 1632 wegen seiner Aehnlichkeit mit der Eigentumsklage häufig als eine Art der Vindication bezeichnet [3]).

Endlich zeigt sich die Ausnahmestellung der Vorschrift in 1632 auch darin, daß hier nur von einem Recht und nicht auch von einer Pflicht gesprochen wird. Opet-Blume [4]) glaubt daher 1632 bedürfe in dieser Hinsicht einer Ergänzung. Konsequent durchgedacht, führt diese Ansicht aber zu folgendem Ergebnis: Es ist überflüssig in 1632 auch eine Pflicht die Herausgabe des Kindes zu verlangen zu statuieren. Denn würde z. B. ein Vater einen solchen Prozeß auf Herausgabe nicht anstrengen, so würde, weil ihm die Pflicht hiezu obliegt, in diesem Unterlassen ein Mißbrauch der Personensorge erblickt werden können. Das Vormundschaftsgericht müßte dem Vater die Personensorge entziehen, müßte einen Pfleger bestellen und dieser müßte den Herausgabeprozeß führen. Ein höchst umständlicher Weg! Liegt in dem Umstand, daß ein Vater einen solchen Herausgabeprozeß zu führen unterläßt, wirklich eine Gefährdung des Wohles des Kindes, so kann das Vormundschaftsgericht vielmehr direkt auf Grund des 1666 gegen den Dritten, der das Kind vorenthält, vorgehen. Nach meinem Dafürhalten ist hier eine Pflicht die Herausgabe des Kindes zu verlangen mit Vorbehalt nicht statuiert; denn es handelt sich im 1632 auch um ein eigennütziges Eltern-

---

[1]) Mot. IV. 753, 754. [2]) Opet 213 f. [3]) Opet 213 f. [4]) Opet-Blume, Bem. 1 zu 1632.

recht, das diese wohl geltend machen können, aber nicht müssen. Für das Wohl des Kindes ist durch die Vorschrift des 1666 in genügender Weise gesorgt.

I. Die Person des Klägers.

Zur Geltendmachung des Herausgabeanspruches ist, da es sich hiebei „um ein eigenes Recht des Fürsorgeberechtigten, nicht um ein Recht des Kindes handelt[1])", nicht der gesetzliche Vertreter des Kindes, sondern derjenige befugt, dem die tatsächliche Fürsorge für die Person zusteht[2]). Da aber die Mutter (1634) sich der Meinung des Vaters fügen muß, bezw. der des Vormunds oder Pflegers (1698) bezw. der Vater sich der Meinung des gesetzlichen Vertreters fügen muß (1676), so können diejenigen, deren Meinung nachstehen muß, nicht im Widerspruch mit der Meinung des Vaters, bezw. gesetzlichen Vertreters den Herausgabeanspruch geltend machen[3]). Ist der Kläger noch minderjährig oder geschäftsbeschränkt, so braucht bei diesem Prozesse sein gesetzlicher Vertreter nicht mitzuwirken, d. h. der minderjährige (minderjährige Witwe, uneheliche Mutter) ist insoweit prozeßfähig. „Das Gegenteil dürfte mit dem Wesen der elterlichen Gewalt unvereinbar sein[4])." Der Mutter, auch der minderjährigen, die Personensorge unabhängig vom gesetzlichen Vertreter des Kindes einzuräumen, ihr aber den wichtigsten Anspruch, der doch auch der Personensorge dient, versagen, wäre widersinnig[5]).

Daß dann, wenn die Personensorge beiden Elternteilen zusteht, der Beklagte das Kind an beide gemeinschaftlich (432) herauszugeben hätte, dürfte praktisch und tatsächlich richtig sein; rechtlich ist diese Ansicht[6]) jedoch kaum haltbar, denn es handelt sich hiebei gar nicht um ein Schuldverhältnis im Sinne unseres B. G. B.

Derjenige, der die tatsächliche Personensorge nicht und etwa nur die Vertretung hat, kann diese Klage natürlich nicht anstrengen, wie z. B. der Vater gegenüber der verheirateten Tochter (1633).

II. Die Person des Beklagten.

Sie folgt aus dem unter I. Gesagten von selbst. Der richtige Beklagte ist einmal jeder, der die tatsächliche Personensorge nicht hat; sodann alle diejenigen, die der Mei-

[1]) Staudinger, Anm. 2 a α zu 1632. [2]) Staudinger a. a. O. Mot. IV. 753, 754. [3]) Staudinger, Anm. 2 a α zu 1632. Planck, Anm. 1 zu 1632. [4]) Planck. Erl. 1 zu 1632. [5]) Planck, a. a. O. [6]) Sie wird vertreten von Opet-Blume, Bem. 2 a zu 1632.

nung des Vaters, Vormunds, gesetzlichen Vertreters sich fügen müssen. Daraus folgt, daß auch der Vater gegen die Mutter (1634), der gesetzliche Vertreter gegen den Vater (1676), ein Dritter gegen die Mutter (1634) oder gegen den Vater im Falle des 1676 klagend vorgehen kann, wenn er beweist, daß die letzteren das Kind im Widerspruche mit dem Vater bezw. gesetzlichen Vertreter bei sich haben.

Dazu muß kommen „ein Vorenthalten" auf Seite des Beklagten und zwar ein „widerrechtliches".

„Vorenthaltung liegt vor, wenn derjenige, bei dem das Kind sich befindet, dem Versuch des Vaters das Kind zurückzubekommen widerstrebt oder widerstreben zu wollen erklärt [1])." Es genügt ein bloß wörtliches Bestreiten [2]). Denn das bloß wörtliche Bestreiten wird immer zu einem tatsächlichen Widerstreben führen. Also wenn er den Zutritt zu dem Kinde verwehrt [3]), sich der Fortführung widersetzt [4]), die Bemühungen des Vaters, das Kind wieder zu bekommen vereitelt [5]). Es genügt aber nicht, wenn er sich weigert den Vater zu unterstützen oder ohne aktiv dem Vater zu widerstreben dem Kinde eine Zuflucht gibt und Unterhalt gewährt [6]). In der Unterlassung der Mitwirkung bei der Zuführung liegt noch nicht ein Vorenthalten [7]). Aber wenn der Beklagte auch nicht verpflichtet ist zur Zuführung, so ist ein Vorenthalten dann wieder gegeben, wenn er eine solche Lage schaffen würde, sodaß der Berechtigte das Kind nicht in Empfang nehmen könnte [8]).

Dieses Vorenthalten ist widerrechtlich, wenn dem Vorenthaltenden kein im Gesetz begründetes Recht auf Vorenthaltung zusteht [9]). Damit kommen wir zu den im Herausgabeprozeß möglichen Einwendungen [10]).

A.

Die Einwendungen, die der Beklagte mit Erfolg geltend machen kann.

Ein Recht auf Vorenthaltung kann begründet sein:

1. in einer Anordnung des Vormundschaftsgerichts.

a) Nach 1635 Abs. 1 Satz 2 kann das Vormundschaftsgericht eine vom Prinzipe des § 1635 abweichende Regelung treffen. Hat ein Ehegatte auf Grund einer solchen An-

[1]) Planck, Erl. 2 zu 1632. [2]) Staudinger, Note 2 b α zu 1632. A. A. Opet-Blume. [3]) Staudinger a. a. O. [4]) Staudinger a. a. O. [5]) Fischer-Henle, Note 3 zu 1632. [6]) Planck, Erl. 2 zu 1632. [7]) Staudinger, Note 2 b α zu 1632. [8]) Planck, Erl. 2 zu 1632. [9]) Planck a. a. O. [10]) Vergl. zum folgenden Staudinger 2 b β zu 1632.

ordnung das Kind bei sich, so ist seine Vorenthaltung nicht widerrechtlich.

b) Den Verkehr eines geschiedenen Ehegatten mit dem Kinde kann das Vormundschaftsgericht nach 1636 Satz 2 näher regeln. Hat also das V. G. bestimmt, daß zu gewissen Zeiten das Kind bei einem Elternteil bleiben darf, so ist eine Vorenthaltung während dieser Zeit nicht widerrechtlich.

c) Ist ein Ehegatte für tot erklärt, geht der andere Ehegatte eine neue Ehe ein und der für tot erklärte lebt noch, so gilt in Ansehung der Sorge für die Person des Kindes das Gleiche, wie wenn die Ehe geschieden ist und beide Ehegatten für schuldig erklärt sind (1637). Auch da kann das Vormundschaftsgericht eine abweichende Anordnung treffen, auf die sich der Ehegatte, dem das Kind zugesprochen wurde, mit Erfolg berufen kann.

d) Endlich kann das Vormundschaftsgericht eine Anordnung über den Aufenthalt des Kindes auf Grund des 1666 treffen.

2. In einer Verfügung des Prozeßgerichts nach 627 Z. P. O.

„Hat der Rechtsstreit die Scheidung, Nichtigkeit oder Anfechtung der Ehe zum Gegenstande, so kann das Gericht auf Antrag eines der Ehegatten durch einstweilige Verfügung für die Dauer des Rechtsstreits . . . . wegen der Sorge für die Person der gemeinschaftlichen minderjährigen Kinder Anordnungen treffen."

3. In öffentlich rechtlichen Normen.

a) Das Kind wird dem Gewalthaber vorenthalten zur Erfüllung der Schulpflicht [1]), zur Ableistung der Militärpflicht [2]).

b) Es wird ihm als Untersuchungs- oder Strafgefangener vorenthalten [3]).

c) Auf Grund Strafurteils ist die Unterbringung in eine Erziehungs- oder Besserungsanstalt oder in ein Arbeitshaus angeordnet. § 56, 362 St. G. B.

d) Endlich ergibt sich aus § 127 d der Gew. O., daß ein schriftlich abgeschlossener Lehrvertrag dem Herausgabeanspruch mit Erfolg entgegengesetzt werden kann. „Verläßt der Lehrling in einem durch dies Gesetz nicht vorgesehenen Falle ohne Zustimmung des Lehrherrn die Lehre, so kann letzterer den Anspruch auf Rückkehr des Lehrlings nur geltend machen, wenn der Lehrvertrag schrift-

[1]) Opet, S. 216. [2]) Opet, S. 216. [3]) Opet a. a. O.

lich abgeschlossen ist.“ Nur die gesetzlichen Kündigungsgründe führen zu einer Auflösung des Lehrvertrages, bezw. der Vater kann für das Kind einen anderen Beruf bestimmen, aber auch nur innerhalb der vorgeschriebenen Frist. Beliebig den Lehrvertrag kündigen kann er auf keinen Fall. Das Urteil des O. B. G. München [1]) geht fehl; denn die Gew. O. selbst berücksichtigt in ihren Kündigungsgründen die Interessen des Kindes, nämlich eine gedeihliche Erziehung, in weitgehendstem Maße. Die elterliche Gewalt schließt keineswegs ein unbeschränktes, an den gewerblichen Lehrvertrag niemals gebundenes Recht des Vaters, wie das cit. Urteil will, in sich.

4. Die Herausgabe des Kindes kann verweigert werden, weil dem Kläger die Aktivlegitimation fehlt; also z. B. die Personensorge steht ihm nicht zu (1633), sie ist erloschen, verwirkt, durchs Vormundschaftsgericht ihm entzogen worden usw. usw.

B.

Alle die Einwendungen, die der Beklagte nicht geltend machen kann.

1. Der Einwand der Verjährung. Denn nach § 194 Abs. 2 unterliegt der Anspruch aus einem familienrechtlichen Verhältnis der Verjährung nicht, soweit er auf die Herstellung des dem Verhältnis entsprechenden Zustandes für die Zukunft gerichtet ist [2]).

2. Es gibt kein Zurückbehaltungsrecht am Kinde wegen Ersatzansprüchen wegen des dem Kinde gewährten Unterhalts oder wegen einer durch das Kind dem Beklagten zugefügten Vermögensbeschädigung [3]). Denn einmal ist das Kind, der lebende Mensch, keine Sache [4]); man kann also auch nicht vom Besitz an einer Sache reden. Das Kind ist auch kein Gegenstand im Sinne des § 273 B. G. B.; die Vorschrift des § 273 B. G. B. ist unanwendbar; „weder beruht die Erstattungsforderung auf demselben rechtlichen Verhältnisse, wie die Verpflichtung zur Herausgabe des Kindes, noch steht hier überhaupt ein Schuldverhältnis in Frage [5]).“

3. Kläger habe auf den Herausgabeanspruch verzichtet

a) einseitig. Diese Einrede kann um deswillen keinen Erfolg haben, weil ein Verzicht auf die Personensorge völlig unwirksam ist [6]). „So wenig die elterliche Gewalt in ihrer

[1]) Rspr. d. O. L. G. 19. S. 303. Urteil vom 17. Oktober 1908. [2]) Schubert, S. 48. Staudinger, Note 5 zu 1632. [3]) Staudinger, Note 2 b β zu 1632. [4]) Staudinger, Bem. 2 a zu § 90 B. G. B. [5]) Knitschky, S. 161 ff. [6]) Siehe folgender § unserer Darstellung und die übereinstimmende Literatur.

Totalität den Gegenstand eines Vertrages bilden kann, so wenig ist dies bezüglich ihrer einzelnen Bestandteile, in concreto bezüglich des Herausgabeanspruchs der Fall. Denn es handelt sich hierbei um Rechtsmaterien, deren vertragliche Gestaltung ihrer familienrechtlichen Gestaltung wegen den guten Sitten widerspricht [1]).“ Kläger kann also das Kind trotz Verzicht jederzeit zurückverlangen.

b) Auch aus einer vertragsmäßigen Ueberlassung kann ein Einwand nicht hergeleitet werden. Denn „ein Recht zur Ausübung der elterlichen Gewalt kann nicht vertragsmäßig bestellt werden, da diese unübertragbar und unverzichtbar ist. Ihre Ausübung kann nur eine Dienstleistung gegenüber dem Gewalthaber sein, also auch nur eine Dienstpflicht gegenüber dem Gewalthaber, nicht aber ein Recht begründen [2]).“ Gibt der Vater also sein Kind zur Pflege oder Erziehung einem anderen oder einer Anstalt, so kann er dasselbe nach Belieben zurückfordern. Nur dann, wenn er einen Vertrag schließt, für den gesetzliche Normen bestehen (Lehrvertrag der Gew. O.), ist das anders [3]).

4. Der Einwand aus dem entgegenstehenden Interesse des Kindes.

In der Literatur stehen sich hier zwei Meinungen gegenüber. Staudinger und Planck vertreten die Ansicht: „Die Herausgabe kann nicht verweigert werden um deswillen, weil der Kläger durch das Verlangen der Herausgabe das Recht der Sorge für die Person des Kindes mißbrauche oder weil die Herausgabe dem Interesse des Kindes widerstreite [4]).“ Dem gegenüber behauptet Opet-Blume, der Anspruch aus 1632 sei lediglich bestimmt der Verwirklichung der elterlichen Gewalt zu dienen. „Diese aber ist kein eigennütziges Elternrecht, sondern hat ihr Ziel und ihre Schranken im Wohle des Kindes. Jedes aktive Verhalten der Eltern gegenüber dem Kinde, das nicht das Wohl des Kindes zum Zwecke hat, ist Mißbrauch der elterlichen Gewalt und unzulässig und hieraus folgt, daß das Verlangen des Gewalthabers nach Herausgabe des Kindes als Mißbrauch der elterlichen Gewalt abzulehnen ist, wenn es nicht dem Wohle des Kindes zu dienen bestimmt ist [5]).“

Die Ansicht Opet-Blumes ist jedoch abzulehnen; sie führt zu einer doppelten Zuständigkeit, die unheilvolle Folgen

---

[1]) Opet, S. 217. [2]) Opet-Blume, Bem. 2c ε zu 1632. [3]) So Planck, Erl. 2 zu 1632. Die weitere Bemerkung bei Opet-Blume, wenn der Gewalthaber das Kind nach § 113 B. G. B. ermächtigt habe, könne er es nicht beliebig zurückfordern, ist unzutreffend und inkonsequent. Eine solche teilweise elterliche Gewalt gibt es nicht. [4]) Staudinger, Note 2b β zu 1632. Planck, Erl. 3 zu 1632. [5]) Opet-Blume, Bem. 2c ε zu 1632.

zeitigt. Denn dann würde sowohl der Prozeßrichter wie der Vormundschaftsrichter darüber zu entscheiden haben, ob der Tatbestand des 1666 B. G. B. gegeben ist. Das kann und wird zu sich widersprechenden Entscheidungen führen.

Man muß vielmehr unterscheiden:

„Der Prozeß aus § 1632 betrifft nur das gegenseitige Recht der Eltern am Kinde ohne Rücksicht auf dessen Interesse, das Verfahren aus § 1666 dagegen den Schutz des Kindes gegen schuldhaftes Verhalten eines Elternteils (oder beider); darum wird über jenen Anspruch zwischen den Eltern wie über ein beliebiges Privatrecht indem der Verhandlungsmaxime folgenden Zivilprozeß entschieden und das Kind einer der Parteien zugesprochen, während das Schutzverfahren dem Vormundschafts-Gerichte obliegt, welches im öffentlichen Interesse die Pflicht hat von Amtswegen alle erheblichen d. h. für das Wohl des Kindes wesentlichen Tatsachen zu ermitteln und festzustellen.“ „Die zum Gesetze erhobene Theorie sondert aufs reinlichste beide Verfahren mit der Begründung, daß sie verschiedenen Zwecken dienen und daher nebeneinander zulässig sind“ [1]). Die beiden Verfahren werden also vielfach nebeneinander herlaufen. Wie wir oben sahen, ist aber eine Anordnung des Vormundschafts-Gerichts über die Personensorge geeignet die Aktivlegitimation im Prozesse zu nehmen oder dem Beklagten ein Recht auf Vorenthaltung dadurch zu geben. „Eine solche Anordnung ist dann für die betreffende Partei bindend; wenn das Urteil etwa im entgegengesetzten Sinne ergeht, so ist dasselbe vollkommen überflüssig oder geradezu schädlich“ [2]). Dieselbe Wirkung hat aber auch die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts. Mit anderen Worten: diese Duplizität des Verfahrens zeitigt nur das Ergebnis, daß das Kind hin und hergeworfen wird [3]). (vergl. darüber die Beispiele in dem angeführten Artikel). Der Vorschlag Friedmann-Brauns ist durchaus zu billigen. „Für den Streit der Eltern um die Herausgabe des Kindes ein Gericht und ein Verfahren und zwar ausschließliche Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts [4]).“

§ 19.

Der Verzicht auf die Sorge für die Person des Kindes.

„Die dem elterlichen Erziehungsrechte entsprechende Pflichtseite fällt zumeist dem sittlichen Gebiete anheim.

[1]) Friedmann-Braun, Deutsche Juristenzeitung 1911. Nr. 18. „Der Streit der Eltern um die Herausgabe des Kindes.“ [2]) Friedmann-Braun a. a. O. [3]) Friedmann-Braun a. a. O. [4]) Friedmann-Braun a. a. O.

Rechtlich äußert sie ihre Wirksamkeit einerseits in der Möglichkeit staatlichen Schutzes gegen Pflichtwidrigkeit des Erziehungsberechtigten, andererseits in der Unwirksamkeit eines Verzichts auf das Erziehungsrecht. Dieser Grundsatz beherrscht auch das geltende Recht, wenngleich man es regelmäßig nicht für nötig erachtet hat, ihn ausdrücklich auszusprechen [1]." Allein er läßt sich doch aus dem Wortlaut des Gesetzes unmittelbar ableiten. Denn § 1631 B. G. B. sagt: Die Sorge für die Person des Kindes umfaßt das Recht und die Pflicht das Kind zu erziehen usw. Nach § 1649 steht dem Vater kraft der elterlichen Gewalt die Nutznießung an dem Vermögen des Kindes zu. Auf diese Nutznießung kann aber der Vater verzichten. 1662 Satz 1.

Aus dem Zusammenhalte dieser Stellen ergibt sich folgendes: Wenn ausnahmsweise nur bei einem einzigen elterlichen Rechte die Verzichtbarkeit ausgesprochen ist, so folgt daraus notwendig, daß alle anderen Rechte nicht verzichtbar sind. Und zudem umfaßt dem Wortlaute nach die Personensorge nicht nur ein Recht, sondern auch die Pflicht der Erziehung usw. Wenn aber die Personensorge in ihrer Totalität Recht und Pflicht zugleich ist, so haben auch alle ihre einzelnen Befugnisse, wie wir sie in den vorausgehenden Paragraphen kennen gelernt haben, eine Pflichtseite, sind demnach unverzichtbar. Damit ist zugleich die Frage, ob es einen Zwang zu religiöser Erziehung nach bürgerlichem Rechte gibt, in bejahendem Sinne beantwortet. Ein Verzicht auf religiöse Erziehung, vielleicht ein völlig passives Verhalten in dieser Hinsicht werden wohl Grund zu vormundschaftsgerichtlichem Einschreiten auf Grund des 1666 B. G. B. sein können.

Die Unverzichtbarkeit ergibt sich aber weiter auch aus der Natur der elterlichen Gewalt, insbesondere daraus, wie diese in unserem Gesetzbuche gestaltet ist. Die elterliche Gewalt und damit die Personensorge ist nach dem B. G. B. gedacht als eine Gewalt mit vormundschaftlichem Charakter, die den Zweck haben soll dem Minderjährigen Schutz angedeihen zu lassen, solange er noch eines solchen bedarf und ihn geistig und körperlich soweit zu fördern, daß er mit erreichter Volljährigkeit einer weiteren erzieherischen Tätigkeit nicht mehr bedarf. Will der Gewalthaber sich dieser Aufgabe entziehen oder dieselbe vernachlässigen, so greift in starkem Maße das Vormundschaftsgericht ein und sorgt dafür, daß bisherige Mängel der Erziehung beseitigt werden

[1] Mot. IV. S. 752.

oder Ersatzerziehung Platz greift [1]). Diese Pflicht zu vormundschaftsgerichtlichem Einschreiten hätte keinen Sinn, wenn es den Eltern frei stände auf alle diese Pflichten zu verzichten.

Ist ein Verzicht nach alledem vollkommen ausgeschlossen, so kann auch einem Vertrag über diese Elternpflichten eine Wirksamkeit nicht beigelegt werden. Ein solcher Vertrag würde gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen und danach nichtig sein. § 134 B. G. B. [2]) Ob dann der Vertrag entgeltlich oder unentgeltlich geschlossen ist, ist dabei natürlich gleichgiltig [3]). Es ist ein solcher Vertrag auch nichtig, wenn er von den Eltern für den Fall der Scheidung oder bei der Scheidung geschlossen würde [4]). Die Erwägung Knitschkys, S. 156 f., der diese letzteren Verträge für zulässig erklärt, ist unzutreffend; denn sie geht von einer falschen Voraussetzung aus. Die Personensorge muß zwar der Regel nach gemeinschaftlich von beiden Elternteilen erfüllt werden und nach der Trennung ist diese gemeinschaftliche Erfüllung nicht mehr möglich. Aber Knitschky übersieht, daß das Gesetz für den Fall der Trennung es den Eltern nicht überlassen hat sich darüber zu einigen, wer von ihnen jetzt die Sorge für die Person haben soll; vielmehr stellt das Gesetz selbst hierüber eingehende Normen auf. Hätte das Gesetz diese Frage der vertraglichen Regelung den Eltern überlassen wollen, wozu dann der § 1635? Auch auf 1634 kann Knitschky sich nicht berufen, denn diese Vorschrift gilt nur für die Dauer der Ehe.

Daß ein einseitiger Verzicht der Eltern, ein einfaches Aufgeben der Erziehungsgewalt, ebenso ungiltig ist, folgt gleichfalls aus dem oben Gesagten ohne weiteres.

Mit dieser absoluten Nichtigkeit eines solchen einen Verzicht in sich schließenden Vertrages ist nicht zu verwechseln die Wirkung, die einem Vertrag innewohnt, der etwa nur bezweckt die Ausübung der Erziehung einem anderen zu übertragen. Solche Verträge sind vollwirksam [5]). Sie werden vielfach zum Zwecke der Erziehung abgeschlossen und es ist nirgends verboten, daß sich der Gewalthaber nicht auch anderer Personen zum Zwecke der Erfüllung seiner Erziehungspflicht bedienen könnte. Daß er die Personensorge in Person ausüben muß, daß er gar wie Blume [6]) annimmt, sich selbst tauglich zum Erziehen machen muß, ist im Gesetz nirgends gesagt, läßt sich auch gar nicht daraus

[1]) Aehnlich Mot. IV. 752. [2]) Staudinger I. 5c zu 1631. Reichsgerichtsräte, Bem. 2 zu 1631. [3]) Staudinger a. a. O. [4]) Reichsgerichtsräte, Bem. 2 zu 1631. [5]) Staudinger, Note I. 5d zu 1631. [6]) Opet-Blume, Bem. 2 zu 1631.

folgern [1]). Würde allerdings beim Abschluß eines solchen Vertrages die Bestimmung getroffen, daß ein Rücknahmerecht des Gewalthabers überhaupt ausgeschlossen sein soll, so würde diese Abmachung einem vollkommenen Verzicht gleichstehen und der Vertrag wäre absolut nichtig [2]). Hiebei taucht die Frage auf, muß der Vertrag ausgehalten werden, wenn in der Person des Vertragsgegners Umstände eintreten, die im Interesse der Erziehung des Kindes eine sofortige Auflösung des Vertragsverhältnisses gebieten? m. a. W. berechtigt ein Mißbrauch auf Seite des Vertragsgegners zum sofortigen Lösen des Vertrags? Die Frage muß zweifellos bejaht werden. Doch gilt das wieder nicht bei einem Vertrag, für den gesetzliche Normen (gewerblicher Lehrvertrag, Gesinderecht) bestehen.

Nimmt der Gewalthaber sein Kind wieder zurück und würde in diesem Zurückrufen des Kindes ein Mißbrauch seiner Gewalt liegen, so würde wiederum der Tatbestand des 1666 B. G. B. gegeben sein; es könnte insbesondere das Vormundschaftsgericht auch den Zustand aufrecht erhalten, wie er durch den Vertrag geschaffen worden ist [3]).

II. Abschnitt.

§ 20.

Das Recht der Vertretung in den die Person betreffenden Angelegenheiten.

I. Begriff der Vertretung.

Im Vorausgehenden haben wir uns bisher damit befaßt, möglichst kasuistisch die Handlungen und Tätigkeiten, die man gemeiniglich als Bestandteile der tatsächlichen Fürsorge bezeichnet, im einzelnen darzustellen. Denn alle diese Akte ermangeln zunächst jeder rechtlichen Bedeutung für das Kind, für den Mündel [4]). Damit ist aber der Inhalt der Sorge für die Person des Kindes bei weitem nicht erschöpft. Unser Gesetzbuch spricht vielmehr auch von einer „Vertretung", die von der Sorge für die Person „umfaßt" wird (1630 B. G. B.), auf die sich die Sorge für die Person „beschränkt" (1633), zu der die Mutter „nicht berechtigt" ist

---

[1]) Staudinger IV. zu 1631. [2]) Staudinger I 5 d Abs. 2 zu 1631. Mot. IV. 752. [3]) André, S. 35 f. [4]) Breit, Beiträge zur Lehre von der gesetzlichen Vertretung. Bl. f. R. A. Bd. 73, S. 841 ff. und 883 ff., hier S. 889.

(1634), zu der der Vater „das Recht“ hat (1635), die ihm aber „entzogen“ werden kann (1698) [1]).

Es taucht sonach zuerst die Frage auf, was ist unter dieser „gesetzlichen Vertretung“ zu verstehen, gebraucht hier das Gesetzbuch das Wort „Vertretung“ im gleichen Sinn und mit den gleichen Rechtswirkungen wie sonst? Die §§ 164 ff. B. G. B. befassen sich mit der Vertretung. Das Wesen dieser Vertretung auf Grund Parteiwillen, auf Grund Vollmacht liegt einzig und „ausschließlich in einer bestimmten Form des rechtsgeschäftlichen Handelns“ [2]) und die Ermächtigung zum rechtsgeschäftlichen Handeln für den andern geht nur soweit als der Parteiwille, als die Vollmacht geht. „Der Inhalt des einzelnen Rechtsgeschäfts, das in Vertretung vorgenommen ist, ist dabei einflußlos [3]).“

„Man wird nun ohne weiteres zugeben müssen, daß das Gesetz, wenn es dem Gewalthaber und dem Vormund als Ausfluß der Fürsorge das Recht zur Vertretung des Mündels überweist, in erster Linie an ein rechtsgeschäftliches Auftreten des Mundwalts im Namen des Mündels, des Kindes, also an einen Vertreter im technischen Sinn, denkt“ [4]). Der Parteiwille des Minderjährigen, des Geschäftsunfähigen dem die nötige geistige Reife und Erfahrung fehlt um beispielsweise einen Vertrag mit einem zu wählenden Erzieher abzuschließen, wird hier insoweit ersetzt durch den des Vaters, des gesetzlichen Vertreters. „Aber der Begriff der Vertretung im Sinne der §§ 1630, 1793 geht über diese enge Bedeutung hinaus, Vertretung im Sinne dieser Gesetzesstellen ist gesetzliche Vertretung“ [5]). „Die beiden Vorschriften der §§ 1630, 1793 B. G. B. lassen schon dem Wortlaut nach soviel erkennen, daß die als Vertretung bezeichnete Tätigkeit nicht die gesamte Sorge für die Schützlinge ausfüllt, sondern daß sie nur einen Ausschnitt aus der Fürsorgetätigkeit bildet, der allerdings in 1793 durch das Wort „insbesondere“ als besonders bedeutsam charakterisiert wird . .“. Diese Vertretung bedeutet nicht eine spezielle Form der Fürsorgetätigkeit, sondern es sind darunter inhaltlich besonders qualifizierte Handlungen zu verstehen. Das folgt aus §§ 1631, 1632, die der Vertretung andere gleichfalls von der Fürsorge für die Person umfaßte Rechte gegenüberstellen . . . . . Diese Befugnisse sind dem Vertretungsrecht koordiniert und haben mit ihm nichts zu tun“ [6]). „Es fällt also unter den Begriff der gesetzlichen Vertretung jede Mitwirkung zu einem für die Person (oder das Ver-

[1]) Breit a. a. O., S. 889. [2]) Breit a. a. O. [3]) Breit a. a. O. [4]) Breit a. a. O., S. 889. [5]) Breit a. a. O., S. 889. [6]) Breit a. a. O., S. 887.

mögen) des Kindes rechtlich bedeutsamen Akte" privatrechtlicher oder öffentlichrechtlicher Natur — zu letzteren zählen auch die prozeßualen Handlungen — [1]) „mag sich diese Mitwirkung als eigentliches Vertreten nach §§ 164 ff. oder als ein bloßes Zustimmen zu einer Handlung des Mündels oder schließlich als irgend welche andere Fürsorgetätigkeit darstellen, die den Rechtszustand des Kindes bestimmt oder betrifft" [2]).

Die für die Person des Mündels rechtlich bedeutsamen Akte, die nur der gesetzliche Vertreter vornehmen kann, liegen teils auf dem Gebiet des öffentlichen, teils auf dem des Privatrechts. Während aber auf letzterem Gebiet die Vertretung sowohl technische im Sinne der §§ 164 ff. B. G. B. als auch spezifisch „gesetzliche" sein kann, ist unter Vertretung in öffentlichrechtlicher Beziehung nur die letztere zu verstehen.

II. Inhalt der Vertretung.

A. Auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts [3]).

1) Der Antrag auf Aenderung des Familiennamens. Der Minderjährige kann eine solche Aenderung nicht selbstständig, sondern nur durch seinen gesetzlichen Vertreter beantragen. Stellt der Vater den Antrag nur für sich, so erstreckt sich die Aenderung jedenfalls nicht ohne seine Zustimmung auf das Kind [4]). Die Zuständigkeitsfrage ist geregelt in Art. 3 des bayr. A. G. zum B. G. B. vom 9. VI. 1899.

2) Jedem Bundesangehörigen d. h. jedem Reichsangehörigen ist Freizügigkeit garantiert. Wer die aus der Reichsangehörigkeit folgenden Befugnisse in Anspruch nimmt, hat auf Verlangen den Nachweis seiner Reichsangehörigkeit und, sofern er unter elterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft steht, den Nachweis der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters zu erbringen. § 2 des Freizügigkeitsgesetzes.

3) Für die Person des Mündels ist von hoher Bedeutung, welchem Staate er rechtlich zugehört [5]). Die Staatsangehörigkeit erwirbt und verliert der Minderjährige grundsätzlich niemals für sich allein, sondern auf seine Staatsangehörigkeit wirkt bestimmend die seines gesetzlichen Vertreters.

Inbetracht kommen hier nachstehende Bestimmungen des Reichsgesetzes vom 1. Juni 1870 über die Erwerbung und den Verlust der Bundes- und Staatsangehörigkeit.

---

[1]) Reichsgerichtsräte, Bem. 1 zu 1630. [2]) Breit a. a. O., S. 889. [3]) Vergl. zum folgenden auch Staudinger, Vorbem. II zu 1631—1637. [4]) Staudinger, Bem. 2 c zu 1616. [5]) Vergl. hiezu die commentierte Ausgabe dieses Gesetzes von Grill, 2. Aufl., München 1911, insbes. Anmerkungen zu § 11.

§ 11. Die Verleihung der Staatsangehörigkeit erstreckt sich, insofern nicht dabei eine Ausnahme gemacht wird, zugleich auf die Ehefrau und auf diejenigen minderjährigen Kinder, deren gesetzliche Vertretung dem Aufgenommenen oder Naturalisierten kraft elterlicher Gewalt zusteht. Ausgenommen sind Töchter, die verheiratet sind oder verheiratet gewesen sind.

§ 14 a. Die Entlassung eines Staatsangehörigen, der unter elterlicher Gewalt oder Vormundschaft steht, kann von dem gesetzlichen Vertreter nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts beantragt werden.

Die Genehmigung des Vormundschafts-Gerichts ist nicht erforderlich, wenn der Vater oder die Mutter die Entlassung für sich und zugleich kraft elterlicher Gewalt für ein Kind beantragt. Erstreckt sich der Wirkungskreis eines der Mutter bestellten Beistandes auf die Sorge für die Person des Kindes, so bedarf die Mutter in einem solchen Falle der Genehmigung des Beistandes zu dem Antrag auf Entlassung des Kindes.

§ 19. Die Entlassung erstreckt sich, insofern nicht dabei eine Ausnahme gemacht wird, zugleich auf die Ehefrau und auf diejenigen Kinder, deren gesetzliche Vertretung dem Entlassenen kraft elterlicher Gewalt zusteht.

Diese Vorschrift findet keine Anwendung auf Töchter, die verheiratet sind oder gewesen sind, sowie auf Kinder, die unter der elterlichen Gewalt der Mutter stehen, falls die Mutter zu dem Antrage auf Entlassung der Kinder nach § 14 a Abs. 2 Satz 2 der Genehmigung des Beistandes bedarf.

§ 21 Abs. 2. Der durch 10jährige ununterbrochene Abwesenheit im Auslande eingetretene Verlust der Staatsangehörigkeit erstreckt sich zugleich auf die Ehefrau und auf diejenigen Kinder, deren gesetzliche Vertretung dem Ausgetretenen kraft elterlicher Gewalt zusteht, soweit sich die Ehefrau oder die Kinder bei dem Ausgetretenen befinden. Ausgenommen sind Töchter die verheiratet sind oder gewesen sind.

4. Die strafprozessuale Vertretung[1]). Der gesetzliche Vertreter kann selbständig für den Beschuldigten einen Verteidiger wählen. 137 St. P. O., er kann in Sachen, welche vor dem Landgericht in erster Instanz zu verhandeln sind und wenn ein Verbrechen den Gegenstand der Untersuchung bildet, die Bestellung eines Verteidigers für den minderjährigen Beschuldigten beantragen (140, Abs. 2, Ziff. 2), er kann selbständig von den zulässigen Rechtsmitteln Gebrauch

[1]) Loewe, zum 11. Abschnitt I, Ziff. 3.

machen (340); im Verfahren gegen den minderjährigen Abwesenden kann er in der Hauptverhandlung als Vertreter zugelassen werden, kann er von den dem Beschuldigten zustehenden Rechtsmitteln Gebrauch machen (322, 324).

Urteile, durch welche die Unterbringung des Angeklagten in eine Erziehungs- oder Besserungsanstalt angeordnet wird, sind unter gewissen Voraussetzungen auch dessen gesetzlichem Vertreter zuzustellen (268); man wird auch den gesetzlichen Vertreter für befugt erachten müssen, selbständig Einspruch gegen den Strafbefehl, der gegen seinen minderjährigen Mündel erlassen ist, zu erheben [1]). Die Befugnis, Beleidigungen und Körperverletzungen im Wege der Privatklage zu verfolgen, wird durch den gesetzlichen Vertreter wahrgenommen [2]) (414, Abs. 3) und dieser kann sich der erhobenen öffentlichen Klage in jeder Lage des Verfahrens als Nebenkläger anschließen (435, Abs. 1 St. P. O.) Bei einer Handlung, deren Verfolgung nur auf Antrag eintritt, kann diesen Antrag auch der gesetzliche Vertreter des Antragsberechtigten stellen (§ 65 St. G. B.). Schließlich kann das Verlangen des minderjährigen Beleidigten (188 St. G. B.) bezw. Verletzten (231 St. G. B.) auf Zuerkennung einer Buße auch von dessen gesetzlichem Vertreter gestellt werden, denn auch „ideelle, psychische oder andere unschätzbare Nachteile“ [3]), nicht nur vermögensrechtliche, können in der Buße ihren Ausdruck finden.

5. Die zivilprozessuale Vertretung [4]). Den Antrag auf Entmündigung wegen Geisteskrankheit oder wegen Geistesschwäche, wegen Verschwendung oder wegen Trunksucht kann von demjenigen gesetzlichen Vertreter des zu Entmündigenden gestellt werden, welchem die Sorge für die Person zusteht (§§ 645, 646, Abs. 1, 680 Z. P. O.). Vor das Gericht die erforderlichen Ermittlungen veranstaltet und die erheblich erscheinenden Beweise aufnimmt, hat es demjenigen gesetzlichen Vertreter des zu Entmündigenden, welchem die Sorge für die Person zusteht, Gelegenheit zur Bezeichnung von Beweismitteln zu geben, sofern er nicht die Entmündigung beantragt hat (653, 680, Abs. 3). Der die Entmündigung wegen Geisteskrankheit aussprechende Beschluß ist von Amtswegen, wenn der Entmündigte unter elterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft steht, auch demjenigen gesetzlichen Vertreter zuzustellen, welchem die Sorge für die Person des Entmündigten zusteht und mit dieser

[1]) Loewe, St. P. O. 12. Aufl. Berlin 1907. Note 3 zu § 451. [2]) Loewe, Anm. 5 zu 414. [3]) Frank, St. G. B. 8/10. Aufl. Tübingen 1911. Vorbem. III 2 vor § 13. [4]) Seuffert, Kommentar zur Z. P. O. 11. Aufl. München 1911. Anm. 1 a zu § 646.

Zustellung wird die Entmündigung wegen Geisteskrankheit wirksam (660, 661 Z. P. O., 683, Abs. 1). Gegen den die Entmündigung ablehnenden Beschluß steht dem Antragsteller (gesetzlichen Vertreter) die sofortige Beschwerde zu (662, 663 Z. P. O.) Den die Entmündigung aussprechenden Beschluß kann der gesetzliche Vertreter im Wege der Klage anfechten (664, Abs. 1, Abs. 2); gegen letzteren ist die Klage zu richten, wenn der Staatsanwalt anficht; hat der gesetzliche Vertreter die Entmündigung beantragt, so ist er zum Termin zur mündlichen Verhandlung zu laden (666, Abs. 2, Abs. 3). Die Wiederaufhebung der Entmündigung erfolgt auch auf Antrag des gesetzlichen Vertreters, der hierüber erkennende Beschluß ist ihm zuzustellen; wird der Antrag auf Wiederaufhebung abgelehnt, so kann er dieselbe im Wege der Klage beantragen (675, 678, Abs. 1, 679, Abs. 2). Die gleichen Vorschriften gelten beim Verfahren betreffend die Entmündigung wegen Verschwendung oder wegen Trunksucht.

Mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts kann der gesetzliche Vertreter den Antrag auf Todeserklärung seines Mündels stellen (962 Z. P. O.).

B. Auf dem Gebiete des Privatrechts.

1. Die Vertretung im technischen Sinne. Als eine besondere Form des rechtsgeschäftlichen Handelns bedeutet sie die Vornahme aller Rechtsgeschäfte für den Minderjährigen; also Abschluß aller Verträge auf dem Gebiete der rein tatsächlichen Fürsorge, so die Verträge über Engagement eines Ersiehers, Unterbringung in einer Erziehungsanstalt, Krankenhaus usw., Abmachungen mit Personen, denen die Aufsicht der Kinder anvertraut wird, endlich alle Verträge, die mit der beruflichen Ausbildung zusammenhängen. Hier kommt in Betracht einmal der Abschluß des kaufmännischen Lehrvertrags (§ 76 und 79 H. G. B.) durch den gesetzlichen Vertreter, der auch für den minderjährigen Lehrling die schriftliche Erklärung abzugeben hat, dieser werde zu einem anderen Gewerbe oder einem anderen Berufe übergehen (§ 78 H. B. G.) und sodann der gewerbliche Lehrvertrag, für den die besonderen Normen der Reichsgewerbeordnung gelten [1]). Minderjährige Personen dürfen als Arbeiter nur beschäftigt werden, wenn sie mit einem Arbeitsbuche versehen sind. Nach rechtmäßiger Lösung des Arbeitsverhältnisses ist dieses Arbeitsbuch an den gesetzlichen

[1]) Reger-Stößel, Handausgabe zur Gew.-O. Ansbach 1911. Anm. 8 zu § 107.

Vertreter auszuhändigen, wenn dieser es verlangt oder der Arbeiter noch nicht 16 Jahre alt ist (§ 107, 108 Gew.-O.). Die Ausstellung eines Arbeitsbuches erfolgt auf Antrag oder mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters (§ 108, Satz 2). Es muß unter anderem auch den Namen des gesetzlichen Vertreters enthalten (§ 110, Abs. 1, Satz 1). Bei Lösung des Dienstverhältnisses kann der gesetzliche Vertreter Ausstellung eines Zeugnisses für den minderjährigen Arbeiter fordern und das Zeugnis auch sich selbst aushändigen lassen (§ 113, Abs. 4). Der gewerbliche Lehrvertrag muß auch vom gesetzlichen Vertreter unterschrieben werden (126, Abs. 2), er muß für den minderjährigen Lehrling die schriftliche Erklärung abgeben, dieser werde zu einem anderen Gewerbe oder anderen Beruf übergehen (127e).

2. Die spezifisch „gesetzliche" Vertretung. Es sei zunächst vorausgeschickt, daß unser Bürgerliches Gesetzbuch an zahlreichen Stellen vom gesetzlichen Vertreter spricht. Wir befassen uns natürlich nur mit denjenigen Vorschriften, bei denen die Person des Minderjährigen allein oder wenigstens in erster Linie in Frage steht. Bestimmungen, die eine Vertretung auf vermögensrechtlichem Gebiet enthalten, scheiden aus.

Die Fälle der gesetzlichen Vertretung müssen wir mit der Ausnahme beginnen. Denn in einer Reihe von Fällen hat das Gesetz bestimmt, daß der Minderjährige gewisse für seine Person bedeutsame Akte selbständig ohne irgend welches Mitwirken seines gesetzlichen Vertreters vornehmen kann wegen der höchstpersönlichen Natur dieser Rechtsgeschäfte. Gerade die letztere Erwägung hat dazu geführt, dem Minderjährigen insoweit volle Geschäftsfähigkeit zu geben, während man an sich sehr wohl auch hier an ein Handeln des gesetzlichen Vertreters denken könnte und in früheren Zeiten auch tatsächlich daran gedacht hat.

Im einzelnen zählen zu diesen höchstpersönlichen Akten:

Die elterliche Einwilligung zur Eingehung der Ehe ihrer noch nicht 21 Jahre alten Kinder kann nicht durch einen Vertreter erteilt werden. Ist die Mutter wegen Minderjährigkeit geschäftsbeschränkt, so ist die Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters nicht erforderlich (1307).

Die Verlobten können nur persönlich erklären, daß sie die Ehe mit einander eingehen wollen (1317 B. G. B.). Der anfechtungsberechtigte, geschäftsbeschränkte (minderjährig § 106 B. G. B.) Ehegatte kann seine Ehe ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters anfechten. Praktisch wird dieser Fall nur für die minderjährige Ehefrau, denn

der Mann darf nicht vor Eingehung der Volljährigkeit eine Ehe eingehen (1303). In den Fällen der §§ 1332 bis 1335 kann der anfechtungsberechtigte, geschäftsbeschränkte Ehegatte nach Entdeckung des Irrtums oder der Täuschung oder nach dem Aufhören der Zwangslage die Ehe selbstständig bestätigen (1337 Abs. 3). Für die Rechtsstreitigkeiten, welche die Scheidung, Nichtigkeit oder Anfechtung einer Ehe oder die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens einer Ehe zwischen den Parteien oder die Herstellung des ehelichen Lebens zum Gegenstande haben (Ehesachen) ist ein geschäftsbeschränkter Ehegatte prozeßfähig; und er muß auch den Sühnetermin persönlich wahrnehmen (606 Abs. 1, 612 Abs. 1 Satz 1, 610 Abs. 1 Z.P.O.). Den Antrag auf Ehelichkeitserklärung seines unehelichen Kindes kann der Vater, der geschäftsbeschränkte, nur persönlich stellen (1728 Abs. 1, 1723). Die Mutter des Kindes oder die Frau des Vaters, deren Einwilligung zur Ehelichkeitserklärung erforderlich ist, können, wenn sie geschäftsbeschränkt sind, selbständig ihre Zustimmung erteilen. 1729 Abs. 3, sie können selbständig ihre Einwilligungserklärung anfechten und ihre anfechtbare Erklärung bestätigen. (1731). Für die Anfechtung des Antrags auf Ehelichkeitserklärung gilt das gleiche wie in 1728 Abs. 1 (1731 B. G. B.). Nach 1746 Abs. 1 kann, wer verheiratet ist, nur mit Einwilligung seines Ehegatten an Kindesstatt angenommen werden, ein eheliches Kind bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres nur mit Einwilligung der Eltern, ein uneheliches nur mit Einwilligung der Mutter. (1747). Ist in diesen Fällen der Einwilligende geschäftsbeschränkt, so bedarf er nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters. (1748 Abs. 1 und Abs. 2). Den Adoptionsvertrag kann das über 14 Jahre alte Kind nur persönlich schließen (1750 Abs. 1 Satz 2) und nur persönlich anfechten (1755). Ebenso bedürfen diejenigen geschäftsbeschränkten, deren Einwilligung nach 1746, 1747 zur Adoption erforderlich ist, zur Anfechtung der Einwilligung und zur Bestätigung der anfechtbaren Einwilligung nicht der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters (1755). Den Adoptionsvertrag kann der über 14 Jahre alte Minderjährige nur persönlich wiederauf heben, anfechten oder den anfechtbaren Aufhebungsvertrag bestätigen (1770).

Den Regelfall bildet aber nicht ein selbständiges Handeln des Minderjährigen, sondern entweder es handelt der gesetzliche Vertreter für ihn, oder er erteilt zu seinem Handeln seine Zustimmung, wobei er seinerseits in zahlreichen Fällen an die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gebunden ist.

Zur Eingehung der Ehe bedarf der geschäftsbeschränkte — betrifft nur minderjährige Mädchen — der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters (1304 Abs. 1). Speziell das eheliche Kind bedarf bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres, also auch dann, wenn es schon mit 18 Jahren für volljährig erklärt wäre, zur Eingehung einer Ehe der Einwilligung des Vaters, ein uneheliches der Einwilligung der Mutter (1305). Eine Ehe kann von dem Ehegatten angefochten werden, der zur Zeit der Eheschließung geschäftsbeschränkt war, wenn die Eheschließung ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters erfolgt ist (1331). Solange der anfechtungsberechtigte Ehegatte in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, kann in diesem Falle aber nur der gesetzliche Vertreter die Ehe anfechten (1336 Abs. 2 Satz 2 B. G. B. u. 612 Abs. 1 Satz 2 Z. P. O.). Die Anerkennung der Vaterschaft für den Minderjährigen erfolgt durch dessen gesetzlichen Vertreter [1]). Will der Vater sein uneheliches Kind legitimieren und ist er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedarf er zu dem Antrag außer der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters, der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Ist das Kind in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so gilt das Gleiche für die Erteilung seiner Einwilligung (1729 Abs. 1, Abs. 2 B. G. B.). Der geschäftsbeschränkte Vater kann den Antrag nur mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters und unter Genehmigung des Vormundschaftsgerichts anfechten und den anfechtbaren Antrag bestätigen (1731). Ein eheliches Kind kann bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres nur mit Einwilligung der Eltern, ein uneheliches Kind nur mit Einwilligung der Mutter an Kindesstatt angenommen werden (1747). Für das noch nicht 14 Jahre alte Kind schließt den Annahmevertrag der gesetzliche Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (1750). Ist das anzunehmende Kind Geschäftsbeschränkt, so bedarf es zur Eingehung des Vertrags außer der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (1751, Abs. 2). Das geschäftsbeschränkte Kind kann den Annahmevertrag anfechten oder den anfechtbaren Annahmevertrag bestätigen nur mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters und unter Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes (1755). Das Gleiche gilt für die Aufhebung des durch die Annahme an Kindesstatt begründeten Rechtsverhältnisses (1770).

Die Ermächtigung zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts erteilt dem Minderjährigen mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts der gesetzliche Ver-

[1]) Staudinger Bem. 4b zu 1718.

treter (112); ermächtigt er den Minderjährigen nur in Dienst oder Arbeit zu treten, so ist vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nicht erforderlich. Es handelt sich namentlich im ersteren Fall um eine Angelegenheit, die nicht nur die Person (den Beruf), sondern auch das Vermögen des Kindes betrifft; ruht die Sorge für die Person und für das Vermögen in verschiedenen Händen, so wird hier ein Zusammenwirken beider Fürsorgeberechtigten erforderlich sein [1]).

III. Kapitel.

Die Träger der Personensorge.

I. Abschnitt.

§ 21.

Die Person der Gewaltunterworfenen.

1. Das eheliche Kind.

„Unter elterlicher Gewalt stehen nur minderjährige uneheliche Kinder (1626) also solche, die weder das 21. Lebensjahr vollendet haben noch für volljährig erklärt worden sind. Volljährige Personen können niemals einer elterlichen Gewalt unterworfen sein. Die elterliche Gewalt bedingt mithin den Mangel der vollen Geschäftsfähigkeit und zwar einen auf jugendlichem Alter beruhenden Mangel [2])." Demnach erstreckt sich die elterliche Gewalt und damit die Personensorge auf alle noch minderjährigen Knaben und Mädchen, mögen diese bereits selbständig sein oder nicht, mögen sie dem elterlichen Haushalt noch angehören oder nicht. Da der Mann erst mit Eintritt der Volljährigkeit heiraten darf (1303), so spielt die Frage, welchen Einfluß die Verheiratung des Sohnes auf die Personensorge ausübt, keine Rolle. Wenn dagegen die minderjährige Tochter sich verheiratet, so beschränkt sich die Sorge für ihre Person auf die Vertretung in den die Person betreffenden Angelegenheiten (1633). Nur solange als die minderjährige Tochter verheiratet ist, dauert diese Beschränkung. Sie fällt also wieder weg,

[1]) Staudinger, Vorbem. II zu 1631–1637. [2]) Breit, S. 845.

wenn der Mann der Tochter noch während der Zeit, da diese minderjährig ist, stirbt [1]).

2. a) Das durch nachfolgende Ehe legitimierte Kind.

Dadurch, daß sich der Vater mit der Mutter verheiratet, erlangt ein uneheliches Kind mit der Eheschließung die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes (1719). Es gelten also die gleichen Grundsätze wie sub. 1 und wie sie insbesondere im folgenden Paragraphen besprochen werden.

2. b) Das durch Verfügung der Staatsgewalt für ehelich erklärte Kind.

Ein uneheliches Kind kann auf Antrag seines Vaters durch eine Verfügung der Staatsgewalt für ehelich erklärt werden (1723) und erlangt hiedurch die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes (1736) aber nur im Verhältnis zum Vater [2]) selbst, auf die Verwandten des Vaters erstrecken sich die Wirkungen der Ehelichkeitserklärung nicht (1737). Die Ehefrau des Vaters wird mit dem Kinde nicht einmal verschwägert (1737, Abs. 1, Satz 2), noch viel weniger erlangt sie Recht und Pflicht der Personensorge. Rechtlich steht sie in gar keinem Verhältnis zum legitimierten Kinde. Und nur insofern hat Crome [3]) recht, wenn er sagt „das Kind tritt überhaupt nicht in den Familienkreis des Vaters ein". Rechtlich sicherlich nicht, wohl aber tatsächlich. Der Vater dagegen erlangt die volle elterliche Gewalt, also Recht und Pflicht der Personensorge, sohin also auch die Vertretung. Einer der Fälle, in denen die gesamte Personensorge in einer Hand allein liegt!

„Da die bisherige Mutter nicht als Ehefrau den Hausstand des Vaters teilt und das Kind jetzt in andere Verhältnisse versetzt wird" [4]), so verliert sie Recht und Pflicht für die Person des Kindes zu sorgen (1738). Damit verliert sie zugleich das Recht auf persönlichen Verkehr [5]). Denn dafür, daß dieses Recht Ausfluß der allgemeinen Verwandtschaftsbeziehungen ist, also durch die Ehelichkeitserklärung unberührt bliebe (1737, Abs. 2), findet sich im Gesetze kein Anhaltspunkt, vielmehr ist dasselbe, wie wir früher sahen, Ausfluß der Personensorge und geht mit dieser verloren.

Immerhin besteht die Möglichkeit für die Mutter, die tatsächliche Fürsorge wieder zu gewinnen; das ist der Fall,

[1]) Staudinger, Bem. 4 zu 1633. [2]) Fischer-Henle, Note 3 zu 1736. [3]) Crome, S. 571. [4]) Endemann, S. 684. [5]) A. A. Die herrschende Meinung s. auch die zitierte Literatur zu § 1765, je Erläuterung zu 1738.

wenn die Voraussetzungen des 1738 Satz 2 vorliegen, zu denen jedoch ein Ruhen der elterlichen Gewalt des Vaters wegen Geschäftsbeschränktheit nicht zählt (1676 Abs. 2, 1738 Satz 2 arg. e contrario).

3. Das adoptierte Kind.

Durch die Annahme an Kindesstatt erlangt das Kind die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes des Annehmenden und nur des Annehmenden (1757 Abs. 1). Der Ehegatte des Annehmenden wird nicht mit dem Kinde verschwägert (1763 Satz 2). Adoptiert also ein verheirateter Mann ein Kind, so erlangt er selbst die volle elterliche Gewalt; seine Frau dagegen erhält die Personensorge nicht; es gilt für sie das Gleiche wie oben unter 2. Adoptiert dagegen eine verheiratete Frau ein Kind, z. B. ihr uneheliches Kind, so erlangt sie die volle elterliche Gewalt über das Kind, die sie vorher über ihr uneheliches Kind nicht hatte. Die Vorschriften über die elterliche Gewalt der Mutter finden dann Anwendung [1]).

Wird von einem Ehepaare gemeinschaftlich ein Kind angenommen oder nimmt ein Ehegatte das Kind des anderen Ehegatten an, so erlangt das Kind die rechtliche Stellung eines gemeinschaftlichen ehelichen Kindes der Ehegatten, d. h. es gilt das Gleiche wie unter Ziffer 1. Der Fall, daß ein Ehegatte das Kind des anderen Ehegatten adoptiert, ist in verschiedener Weise möglich. Der Mann kann adoptieren das uneheliche Kind seiner Frau [2]), ein Kind der Frau aus früherer Ehe derselben, ein angenommenes Kind der Frau [3]). Umgekehrt kann die Frau ein Kind des Mannes aus dessen früherer Ehe, ein von ihm legitimiertes oder adoptiertes Kind annehmen [3]). Jedesmal wird das Kind gemeinschaftliches Kind beider Ehegatten. Nur in dem Falle trifft das nicht zu, wenn die Frau ein uneheliches Kind des Mannes an Kindesstatt annimmt [3]). Denn das uneheliche Kind und dessen Vater gelten nicht als verwandt (1589 Abs. 2); es sind damit alle familienrechtlichen Beziehungen verneint [4]). Das uneheliche Kind ist demnach nicht „ein Kind des Vaters“ im Sinne des 1757 Abs. 2.

Auch hier, wie bei der Ehelichkeitserklärung, verlieren mit der Annahme an Kindesstatt die leiblichen Eltern die elterliche Gewalt über das Kind, die uneheliche Mutter Recht und Pflicht der tatsächlichen Fürsorge. Das Wiederauf-

[1]) Planck, Erl. 1 c zu 1757. [2]) Planck, Erl. 5 zu 1757. In diesem Falle A. A. Reichsgerichtsräte, Bem. 2 zu 1757. [3]) Planck a. a. O. [4]) Fischer-Henle, Anm. 3 zu 1589.

leben der tatsächlichen Fürsorge ist analog geregelt wie in 1738. Nur das Recht der Vertretung ist entgültig verloren (1765 Abs. 2). Auch hier tritt mit dem Verlust der Personensorge der Verlust des Rechts auf persönlichen Verkehr ein [1]). Warum in dieser Beziehung ein Unterschied zwischen 1765 und 1738 gemacht werden soll [2]) ist nicht einzusehen. In völlig zutreffender Weise führt das Reichsgericht aus [3]): „. . . . Das Recht der leiblichen Eltern auf persönlichen Verkehr mit dem Kinde widerspricht dem Zweke der Annahme an Kindesstatt, Ersatz für eigene Kinder zu schaffen oder die Lebensstellung des Kindes zu heben, es könnte auch die Erziehung stören . . . . . Den leiblichen Eltern ist deshalb jeder Einfluß auf dessen Erziehung und folgeweise auch die Befugnis zum persönlichen Verkehr zu versagen. Eine Beeinträchtigung der Ansprüche, die den leiblichen Eltern trotz der Annahme an Kindesstatt den Kindern gegenüber nach sittlicher Anschauung zustehen, ist nicht zu befürchten. Derjenige, dem das Erziehungsrecht gebührt, soll dasselbe nicht mißbrauchen, widrigenfalls das Vormundschaftsgericht zum Einschreiten berufen ist. Dies gilt auch für die Erziehung eines an Kindesstatt angenommenen Kindes. Der Annehmende soll bei der Erziehung des Kindes auf dessen Verhältnis zu seinen leiblichen Eltern diejenige Rücksicht nehmen, die das Sittengesetz fordert. Wieweit diese Rücksicht zu gehen hat, ist jedoch dem Ermessen des Annehmenden überlassen und nur wenn dieses Ermessen ungehörig ist, also etwa den leiblichen Eltern der persönliche Verkehr mit dem Kinde ohne verständigen Grund in unpassender Weise abgeschnitten wird, kann das Vormundschaftsgericht gemäß 1666 Abs. 1 die erforderlichen Anordnungen treffen. Im Wege des Prozesses kann dagegen nicht hierüber entschieden werden“ [4]).

4. Das uneheliche Kind.

Das uneheliche Kind hat im Verhältnisse zu der Mutter und zu den Verwandten der Mutter die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes (1705). Die elterliche Gewalt steht der Mutter über das uneheliche Kind aber nicht zu. Sie hat das Recht und die Pflicht für die Person des Kindes zu sorgen, zur Vertretung des Kindes ist sie nicht berechtigt (1707). Verheiratet sich die uneheliche Mutter, so ändert

---

[1]) Reichsgerichtsräte, Anm. 2 zu 1765. Dagegen Staudinger, Note 1 zu 1765, ebenso dagegen Knitschky, S. 72. Opet Blume, Erl. 2 a zu 1763. Planck, Erl. 2 zu 1765. [2]) So Reichsgerichtsräte, Anm. 2 zu 1765 und Anm. 3 zu 1738. [3]) Abgedruckt bei Neumann, Rspr. des Reichsgerichts in Zivilsachen. B. G. B. Bd. II. Berlin 1910, Seite 614. [4]) A. A. Planck, Erl. 2 zu 1765.

sich an ihrer rechtlichen Stellung gegenüber ihrem unehelichen Kinde gar nichts [1]). Nachdem das uneheliche Kind nicht unter elterlicher Gewalt steht, ist ein Vormund für dasselbe zu bestellen (1773). Der Vormund hat Recht und Pflicht der Personensorge, er hat insbesondere den Mündel zu vertreten (1793). Maßgebend hierfür sind die für die elterliche Gewalt geltenden Vorschriften der §§ 1631 bis 1633. Man hat nun aus diesen Gesetzesstellen ein dem Recht der unehelichen Mutter konkurrierendes Recht des Vormunds auf dem Gebiete der tatsächlichen Fürsorge ableiten wollen. Allein vollkommen zu Unrecht. Denn gegenüber der Regelvorschrift des 1793 spricht die Sondervorschrift des 1707 [2]) klar und bestimmt aus, daß der Vormund, soweit der Mutter die Sorge zusteht die rechtliche Stellung eines Beistandes hat, d. h. daß er auf diesem Gebiete eben nicht die Rechte eines Vormundes hat. Der Beistand hat aber innerhalb seines Wirkungskreises die Mutter bei Ausübung der tatsächlichen Fürsorge zu unterstützen und zu überwachen. Er darf auf diesem Gebiete der Mutter also keine Weisungen geben [3]), er selbst hat kein Erziehungsrecht, kein Recht der Aufenthaltsbestimmung usw. „Aus dieser Teilung, wonach in Ansehung der Person des Kindes die tatsächliche Fürsorge der Mutter, die rechtliche dagegen dem Vormunde zusteht, können sich Schwierigkeiten dann ergeben, wenn die Ausübung der rechtlichen Fürsorge zugleich in das Gebiet der tatsächlichen eingreift“ [4]). Dienst- oder Arbeitsverträge, gewerbliche Lehrverträge, die der Minderjährige in Person zu erfüllen hat und die der gesetzliche Vertreter abschließt, machen das Recht der Mutter den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen, illusorisch [5]). Sicherlich kann aber die Mutter kraft ihrer aus der Personensorge fließenden Rechte die Erfüllung dieses Vertrages unmöglich machen, was wiederum zu einer Haftung des Vormundes bezw. des Vermögens des Kindes wegen Schadensersatzes führen wird [6]). Zweckmäßig wird also in allen diesen Fällen der Vormund vorher sich die Zustimmung der Mutter sichern. Verweigert sie die Zustimmung, so hat er unverzüglich dem Vormundschaftsgericht Anzeige zu machen (1689 Satz 2), das dann, wenn die Voraussetzungen des 1666 vorliegen, einzuschreiten befugt ist. Im übrigen aber geht die Meinung der Mutter schlechthin vor. Das Recht der Mutter hinsicht-

[1]) Opet, S. 369. [2]) Frese, Recht und Pflicht der unehelichen Mutter für die Person ihres Kindes zu sorgen im Recht 1907, S. 550. [3]) Plank, Erl. 4 zu 1707. [4]) Schaefer, Kollision zwischen den Rechten des Vormundes und der Mutter eines unehelichen Kindes im Recht 1903, S. 302. [5]) Derselbe a. a. O. Opet Blume, Bem. 4 zu 1707. [6]) Schaefer a. a. O.

lich der Berufsbestimmung kann scheitern am Widerstand des Vormundes für die Kosten desselben aufzukommen. Eine solche Angelegenheit die Person und Vermögen zugleich betrifft, während doch die Sorge hiefür in verschiedenen Händen liegt, wird vom Vormundschaftsgericht in analoger Anwendung des in 1629 statuierten Princips verbeschieden [1]).

Alle diese Schwierigkeiten fallen weg, wenn die Mutter selbst zum Vormund bestellt wird. Denn dann ist rechtliche und tatsächliche Fürsorge in einer Hand vereinigt.

Führt nach Landesrecht (E. G. zu B. G. B. Art. 136) die Vormundschaft der Vorstand einer unter staatlicher Verwaltung oder Aufsicht stehenden Erziehungs- oder Verpflegungsanstalt oder ein Beamter — Gemeindebeamter nach dem bayerischen Gesetz vom 25. II. 1908 die Berufsvormundschaft betr. — so hat dieser Generalvormund nach Landesrecht alle Rechte und Pflichten eines Vormundes, selbstverständlich aber nicht mehr Rechte, als sie dem Vormunde nach Reichsrecht eingeräumt sind. Das Recht der unehelichen Mutter wird durch diesen Generalvormund nicht ausgeschlossen, sondern bleibt neben ihm im oben geschilderten Umfange bestehen [2]).

5. Kinder aus nichtiger und anfechtbarer Ehe.

Die Frage, wem die Sorge für die Person des Kindes zusteht, beantwortet sich verschieden je nachdem es sich handelt um eine Nicht-Ehe, eine nichtige Ehe und eine anfechtbare Ehe.

Eine Nicht-Ehe liegt vor, wenn die Form des 1317 nicht gewahrt worden und eine Eintragung ins Heiratsregister nicht stattgefunden hat. Eine Eheschließung im Sinne unseres B. G. B. liegt hier überhaupt nicht vor, es bedarf deshalb nicht einmal der Nichtigkeitsklage nach 1329 um die Wirkungen dieser Verbindung zu beseitigen (1329). Entspringen einer solchen Nicht-Ehe Kinder, so gelten sie schlechthin als unehelich, es finden hinsichtlich der Personensorge die Vorschriften Anwendung, die unter Ziffer 4 dargelegt sind. Auf den guten Glauben eines der Ehegatten, oder beider Teile kommt es hiebei gar nicht an [3]) (1699 Abs. 2). Anders bei einer nichtigen Ehe. Ein Kind aus einer nichtigen Ehe, das im Falle der Gültigkeit der Ehe ehelich sein würde, gilt als ehelich, sofern nicht beide Ehegatten die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschließung ge-

[1]) Staudinger, Anm. 4 zu 1629. Reichsgerichtsräte, Anm. 2 zu 1629.
[2]) Frese a. a. O. [3]) Fischer-Henle, Anm. 6 zu 1699.

kannt haben [1]) (1699). Sind danach beide Teile bei der Eheschließung bösgläubig, so gelten die Kinder als unehelich, es gilt wieder das gleiche wie unter Ziffer 4. Ist aber wenigstens ein Teil im guten Glauben, so „gilt" das Kind als ehelich. „Es wird nicht nur vermutet, daß das Kind ehelich sei. Nicht eine Präsumption, sondern eine Fiktion wird ausgesprochen durch 1699. Das Kind hat auch nicht nur die „rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes", sondern steht schlechthin unter den für eheliche Kinder geltenden Bestimmungen [2])." Grundsätzlich hat das Gesetz dem bösgläubigen Elternteil die elterliche Gewalt und damit die Personensorge gleichsam zur Strafe versagt. Sind aber beide Elternteile gutgläubig nach 1699, Abs. 1, so gelten im Rechtsverhältnis zu ihren Kindern die gleichen Vorschriften, wie für ein Kind aus geschiedener Ehe, wenn beide Eltern für schuldig erklärt sind, d. h. die Sorge für einen Sohn unter 6 Jahren oder für eine Tochter steht der Mutter, für einen Sohn, der über 6 Jahre alt ist steht dem Vater zu; die Vertretung in persönlichen Angelegenheiten hat hinsichtlich aller Kinder der Vater (1700, 1635). War dem Vater die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschließung bekannt, so hat er nicht die sich aus der Vaterschaft ergebenden Rechte. Die elterliche Gewalt steht der Mutter zu (1701). Die bösgläubige Mutter dagegen hat lediglich das Recht auf persönlichen Verkehr mit dem Kinde. Ruht die elterliche Gewalt, weil der Vater in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist oder für seine Person und sein Vermögen ein Gebrechlichkeitspfleger bestellt ist, so gilt das gleiche [3]) und nur dann erhält die Mutter Recht und Pflicht für die Person des Kindes zu sorgen, wenn der Vater stirbt oder seine elterliche Gewalt aus einem anderen Grunde endigt. Die Vertretung dagegen erhält die Mutter niemals. Das Rechtsverhältnis ist in diesem letzteren Falle vielmehr das gleiche wie bei der unehelichen Mutter (1702). Dem Tod des Vaters steht gleich das Ruhen der elterlichen Gewalt des Vaters wegen Geschäftsunfähigkeit oder nach 1677 (1702, Abs. 3).

„Dem wegen Drohung anfechtungsberechtigten Ehegatten kann ebensowenig wie dem gutgläubigen Ehegatten daraus ein Vorwurf gemacht werden, daß er eine anfechtbare Ehe eingegangen ist. Er hat deshalb die Rechte eines gutgläubigen Ehegatten" [4]), d. h. hat der Mann die Ehefrau widerrechtlich durch Drohung zur Eingehung der Ehe bestimmt, so gilt die Regel des 1701; liegt ein solches Ver-

[1]) „Kennen müssen" genügt hier nicht. [2]) Opet-Blume, Bem. 4 zu 1699. [3]) Reichsgerichtsräte, Bem. 1 zu 1702. [4]) Reichsgerichtsräte, Bem. 1 zu 1704.

halten auf Seiten der Frau, so bestimmen sich ihre Rechte nach 1702. Geht die Drohung von einem Dritten aus und sind beide Ehegatten gutgläubig, so muß 1700 Anwendung finden [1]).

Die nichtige oder anfechtbare Ehe besteht, wenn auch nur als scheingültige, solange, bis sie durch rechtskräftiges Urteil für nichtig erklärt oder aufgelöst wird. Die Nichtigkeit kann vorher nicht anderweit geltend gemacht werden (1329, 1343 Abs. 2). Mit anderen Worten bis zum rechtskräftigen Urteil haben die Eltern die volle elterliche Gewalt wie in rechtmäßiger Ehe [2]). Erst mit dem rechtskräftigen Urteil steht für und gegen alle fest, daß die Ehe von Anfang an nichtig war (643 Z. P. O.). Im Falle des 1701 tritt mit diesem Zeitpunkte die elterliche Gewalt der Mutter an die Stelle der elterlichen Gewalt des Vaters und zwar mit rückwirkender Kraft [3]) also ex tunc. Der Wortlaut des Gesetzes und die prinzipielle Regelung der Wirkungen der Nichtigkeit überhaupt im Gesetze sprechen gegen ein Eintreten der elterlichen Gewalt ex nunc [4]).

Mit dem Urteil, das die Nichtigkeit der Ehe ausspricht, ist an sich über den guten oder den bösen Glauben der Ehegatten gar nichts gesagt. Es liegt in der Natur der Nichtigkeits- und Anfechtungsgründe, daß mit dem Urteil über die Nichtigkeit zugleich über den bösen Glauben eines der Ehegatten entschieden ist. Es kann aber über die Gutgläubigkeit zum besonderen Rechsstreit kommen, in dem dann das Bestehen oder Nichtbestehen der elterlichen Gewalt Klagepetitum ist [5]) (§ 640, 643 Z. P. O.). Aber auch in diesem Rechtsstreit ergeht das Urteil mit rückwirkender Kraft. Dafür, daß ein solches Urteil konstitutive Wirkung — ex nunc — hätte, fehlt jeder Anhaltspunkt im Gesetze.

Der Zeitraum von der Eheschließung bis zu dem die Nichtigkeit bezw. Bösgläubigkeit aussprechenden Urteile bildet einen „familienrechtlichen Schwebezustand“ [6]). Wie der Dritte, der sich im guten Glauben auf das Bestehen der elterlichen Gewalt, der Vertretungsbefugnis des Vaters, mit diesem rechtsgeschäftlich einläßt, geschützt werden soll, darüber schweigt das Gesetz. Eine im Interesse der Verkehrssicherheit höchst bedenkliche Lücke im Gesetz. Man hat an zwei Bestimmungen gedacht, die hier analog anzuwenden sind. Mit Recht führt aber Opet-Blume aus, daß

[1]) Reichsgerichtsräte a. a. O. [2]) Staudinger, Note 5 zu 1701. [3]) Staudinger a. a. O. Planck, Erl. 7 zu 1701. Opet-Blume, Bem. 5 zu 1701. Reichsgerichtsräte. Bem. 2 zu 1701. A. A. Dernburg, § 86 II. 1. [4]) Staudinger, Bem. 5 zu 1701. Crome, S. 546. [5]) Endemann, S. 632. [6]) Opet-Blume, Bem. 5 zu 1701.

1682 die Lücke im Gesetz nicht ausfüllen kann. „Zwar besteht zwischen den Interessenlagen im Falle der scheinbaren Fortdauer der elterlichen Gewalt und der Lage im Falle der scheinbaren Erlangung der elterlichen Gewalt eine volle Analogie.“ Aber 1682 setzt voraus, daß der Vater die Beendigung seiner Gewalt, bezw. die Nichtigkeit der Ehe nicht kennt; dann ist er aber gutgläubig und erlangt die elterliche Gewalt so wie so [1]). Dagegen ist hier zweifellos 1344 analog anzuwenden. „Das Gesetz hat in 1344 für einen Einzelfall eine Regel aufgestellt ohne zu sagen, welche Regel für andere ähnliche Fälle gelten soll. Diese Regel „nämlich den Schutz des gutgläubigen Dritten“ hat der Gesetzgeber auf diesen Einzelfall nur deshalb beschränkt, weil er ihm besonders wichtig schien; über die anderen Fälle sich zu äußern glaubte der Gesetzgeber keinen Anlaß zu haben.“ „Durch die Feststellung der Regel für den Einzelfall hat das Gesetz ein allgemeines Prinzip „zunächst“ für diesen Fall anerkannt. Deshalb kann man eben diese Feststellung als Argument zugunsten einer analogen Anwendung der Regel auf andere Fälle verwerten [2]).“ Diesen und keinen anderen Sinn hat „die Ausnahmevorschrift“ des 1344, was von den meisten Kommentaren übersehen wird [3]). Die Rechtsgeschäfte, die der Vater als gesetzlicher Vertreter während dieses Schwebezustandes abschließt, bleiben also voll wirksam; zu denken ist hier vor allem an Verträge über die Verpflegung, die Aufsicht des Kindes, ev. die Unterbringung in einer Anstalt usw. [4])

II. Abschnitt.

Die Träger der Personensorge kraft Gesetzes.

1. Abteilung: Beide Elternteile leben.

§ 22.

In rechtmäßig bestehender Ehe, bezw. tatsächlich getrennt.

Rechtsquelle für vorliegende Frage ist § 1634: „Neben dem Vater hat während der Dauer der Ehe die Mutter das Recht und die Pflicht für die Person des Kindes zu sorgen;

[1]) Opet-Blume, Bem. 5 zu 1701. [2]) Cosack, I. Band, S. 37. [3]) Für Anwendung des 1344: Planck, Erl. 7 zu 1701. Crome, S. 546. Dagegen Staudinger, Bem. 5 zu 1701. Reichsgerichtsräte, Bem. 2 zu 1701. [4]) Eine Verpflichtung zur Schadloshaltung des Dritten ohne Anwendung des 1344, wie Reichsgerichtsräte, Bem. 2 zu 1701 will, entbehrt jeder gesetzl. Grundlage.

zur Vertretung ist sie nicht berechtigt. Bei einer Meinungsverschiedenheit zwischen den Eltern geht die Meinung des Vaters vor". Die rechtliche Fürsorge für die Person des Kindes, die Vertretung ist danach der Mutter versagt: alle die Befugnisse, die wir oben (§ 20) als Inhalt der gesetzlichen und spezifisch technischen Vertretung kennen gelernt haben, stehen durante matrimonio, wenn der Mann die volle elterliche Gewalt besitzt, der Mutter nicht zu. Dagegen ist sie auf dem Gebiete der rein tatsächlichen Fürsorge gleichberechtigt mit dem Mann, es steht ihr die ganze tatsächliche Fürsorge kraft eigenen Rechts in gleichem Umfange wie dem Vater in voller Selbständigkeit zu. Es ist deshalb nicht korrekt, wenn von einem Anteil an der Personensorge [1], von einer Nebengewalt [2], von einer natürlichen Kontrollgewalt [3] der Mutter gesprochen wird. Alle diese Bezeichnungen müssen zu der irrigen Annahme führen, daß „dem Vater etwa die Totalität der Personensorge, der Mutter nur das ihr vom Vater überlassene Gebiet zustände" [4]; das Gegenteil ist richtig: „Die Mutter muß nicht etwa, bevor sie eine Handlung der Personensorge vornimmt, sich der Zustimmung des Vaters vergewissern, sondern sie darf jede ihr angebracht scheinende Maßregel auf Grund eigener Entschließung treffen [5]." Die Selbständigkeit eines jeden Elternteils in der tatsächlichen Fürsorge schließt nicht aus ein gemeinschaftliches Zusammenwirken. Das kommt zum Ausdruck in der Wendung „neben dem Vater" die insbesondere auch besagen will: nur solange dieser fürsorgeberechtigt ist, ist es auch die Mutter [6], wenn nicht das Gesetz selbst für den Fall, daß „die Gewalt des Vaters zurückweicht, die der Mutter sich um so stärker entfalten läßt [7]." Das ist der Fall, wenn der Vater die elterliche Gewalt verwirkt hat und die Ehe noch nicht aufgelöst ist (1680, 1684, Abs. 1 Ziff. 2); würde hier die Mutter an seine Stelle treten, so würde die Maßregel der Verwirkung in vielen Fällen illusorisch, weil sich der Einfluß des Vaters durch Vermittlung der Mutter geltend machen würde [8].

Das Fürsorgerecht der Mutter erleidet aber eine wichtige Einschränkung: Bei einer Meinungsverschiedenheit zwischen den Eltern geht die Meinung des Vaters vor. Hier ergeben sich folgende Zweifel: Muß sich danach die Mutter unter allen Umständen der Meinung des Vaters fügen? Erwächst ihr nicht aus anderen Bestimmungen des Gesetzes ein Schutz gegen eine mißbräuchliche Anwendung

[1] Staudinger, Bem. 2 zu 1634. [2] Endemann, S. 620. [3] Crome, S. 490. [4] Opet, S. 192. [5] Opet, S. 193. [6] Planck, Bem. 5 zu 1634. [7] Endemann, S. 621. [8] Crome, S. 528.

seines Entscheidungsrechtes, gegen eine Schmälerung ihrer eigenen Fürsorgerechte?

Einer mißbräuchlichen Anwendung des väterlichen Entscheidungsrechts wird die Mutter in der Mehrzahl der Fälle entgegentreten können durch Anrufen des Vormundschaftsgerichts, das dann auf Grund des 1666 zum Einschreiten befugt ist. Allein soll in den zahlreichen Grenzfällen, die die Anwendung des 1666 noch nicht rechtfertigen, die Mutter schutzlos sein? Der Vater schließt z. B. die Mutter von der Personensorge überhaupt aus, macht ihr tatsächlich jeden Einfluß auf das Kind unmöglich. Nun ist zunächst klar, daß in einem solchen Verhalten noch nicht eine Verletzung der elterlichen Fürsorgepflicht liegen muß; insbesondere dann nicht,wenn der Vater berechtigten Grund zu solchen Maßregeln zu haben glaubt, „solange nur das Tun und Lassen des Vaters von dem erkennbaren Willen der Fürsorge und bei der Wahl der Mittel von zu billigenden ethischen Rücksichten beherrscht war, selbst wenn die ergriffenen Maßregeln falsch und möglicherweise gefahrbringend waren [1]).“ Soll die Mutter gegenüber solchen Fehlgriffen sich passiv verhalten? Gerade hier muß schon aus Billigkeitserwägungen ein Schutz bestehen. Ueber die Art dieses Schutzes gehen jedoch die Meinungen auseinander. Einen selbständigen Anspruch auf Teilnahme an der Personensorge im Prozeßwege verfolgbar, wie manche [2]) wollen, hat die Mutter nicht, ein solcher kann meines Erachtens aus dem Gesetze nicht begründet werden. Einmal handelt es sich bei der der Mutter zustehenden tatsächlichen Fürsorge nicht um ein eigennütziges Elternrecht, ein Privatrecht [3]), über das die Ehefrau beliebig disponieren kann, sondern um eine Elternpflicht unter staatlicher Oberaufsicht. Die ganze Regelung, die die elterliche Gewalt im Gesetze gefunden hat, spricht nicht für die Annahme, daß wir es hier mit privatrechtlichen Ansprüchen zu tun haben; darauf läßt insbesondere auch die Ausnahmebestimmung in 1632 schließen. Und endlich geht Staudinger [4]) von einer falschen Voraussetzung aus, wenn er sagt die Personensorge steht der Frau „gegenüber dem Manne“ zu. Dann wäre Bedingung in allen Punkten volles gleiches Recht der Frau gegenüber dem Mann. Das Gesetz läßt aber die Meinung des Vaters vorgehen.

Die Mehrzahl der Autoren wendet vielmehr mit Recht 1354, Abs. 2 bezw. 1353 hier analog an [5]). Die eheliche

[1]) Neumann zu § 1627. [2]) Reichsgerichtsräte, Bem. 1 zu 1634. Staudinger, Bem. 3 zu 1634. A. A. Opet-Blume 1634. [3]) Staudinger a. a. O. [4]) Opet-Blume, Bem. 8 zu 1634. [5]) Opet, S. 193. Crome, S. 491. Endemann, S. 496. Dernburg, S. 271. A. A. Opet-Blume zu 1634. Nur 1632, 1636 u. 227 bieten nach ihm Schutz.

Lebensgemeinschaft verpflichtet zu einem entsprechenden Verhalten des einen Teils gegen alle die Personen, ohne deren richtige Behandlung vom anderen Teil das Zusammenleben nicht gefordert werden kann; insbesondere wird ein solches Verhalten gegenüber den gemeinschaftlichen Kindern gefordert. Das Recht auf eheliche Lebensgemeinschaft verlangt gemeinsame Erziehung, gemeinsame Sorge für die Kinder und dieses Recht verletzt der Vater, wenn er allein die Personensorge betätigen will unter Ausschluß der Mutter. Warum also eine das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffende Angelegenheit nicht in Frage stehen soll [1]), ist nicht einzusehen. Die Elterngemeinschaft gründet sich doch auf die eheliche Gemeinschaft. Die Klage auf Herstellung der ehelichen Gemeinschaft bezw. das Recht aus 1354, Abs. 2 bieten demnach der Mutter hinreichenden Schutz gegen Rechtsmißbrauch des Vaters. Auch der Einwand aus § 226 B. G. B. steht der Mutter zur Seite, wenn ihr ein genügender Nachweis in dieser Richtung gelingt (um einen unerlaubten Druck auf sie auszuüben) [2]).

Es ist selbstverständlich, daß die geschilderten Grundsätze keine Aenderung dadurch erleiden, daß die Ehegatten tatsächlich getrennt leben; auch die im folgenden zu besprechenden Grundsätze über einen zeitweiligen und definitiven Verlust der Personensorge bleiben die gleichen, selbst wenn die Ehegatten tatsächlich getrennt leben.

§ 23.

Die elterliche Gewalt eines Elternteils ruht.

I. Geschäftsunfähigkeit.

a) Die elterliche Gewalt des Vaters und damit selbstverständlich auch die Bestandteile derselben — die Personensorge — ruht, wenn er geschäftsunfähig ist (1676, Abs. 1); also wenn der Vater wegen Geisteskrankheit entmündigt ist (§ 104, Ziff. 3) oder sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet, sofern nicht der Zustand seiner Natur nach ein vorübergehender ist (§ 104, Ziff. 2). Solange die elterliche Gewalt des Vaters ruht, ist er nicht berechtigt sie auszuüben (1678). Er ist selbstverständlich auch nicht verpflichtet dazu [3]); er hat lediglich die Anwartschaft wieder zur Ausübung der elterlichen Ge-

[1]) Staudinger, Bem. 3 zu 1634. [2]) Urteil des R. G. vom 25. I. 1912. J. W. 1912, S. 395. [3]) Opet-Blume, Bem. I zu 1678.

walt zu gelangen, so bald der Grund des Ruhens fortfällt [1]). Während der Dauer der Ehe übt die Mutter die elterliche Gewalt aus (1685 Abs. 1); weil die für die elterliche Gewalt des Vaters geltenden Vorschriften Anwendung finden (1686), so hat die Mutter die tatsächliche und rechtliche Fürsorge für die Person des Kindes.

b) Ruht auch die elterliche Gewalt der Mutter wegen Geschäftsunfähigkeit (§ 104, Ziff. 2 und 3, § 1676, Abs. 1, 1686), so ist gemäß 1773 ein Vormund zu bestellen, dessen Rechte und Pflichten sich nach 1793 und 1800 bestimmen.

c) Ruht dagegen auch die elterliche Gewalt der Mutter wegen Minderjährigkeit (1676, Abs. 2, 1696), so hat die Mutter nur die tatsächliche Fürsorge; die rechtliche Fürsorge hat der Vormund. Es gilt hier das gleiche, was oben § 21, Ziff. 4 für die uneheliche Mutter gesagt wurde.

d) Ruht die elterliche Gewalt der Mutter aus den anderen in 1676, Abs. 2 getroffenen Gründen, so steht ihr die tatsächliche Fürsorge neben dem Vormunde des Kindes zu; zur Vertretung ist sie nicht berechtigt. Bei einer Meinungsverschiedenheit geht die Meinung des gesetzlichen Vertreters vor (1676, Abs. 2, 1685, 1686). Umgekehrt besitzt der Vater die volle elterliche Gewalt und ruht nur die der Mutter wegen Geschäftsunfähigkeit, so liegt die gesamte Personensorge in den Händen des Vaters allein.

II. Beschränkte Geschäftsfähigkeit bezw. Pfleger.

Die elterliche Gewalt des Vaters ruht, wenn er nach § 1910 I einen Pfleger für seine Person und sein Vermögen erhalten hat, wenn er wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigt ist, wenn er nach § 1906 unter vorläufige Vormundschaft gestellt wurde (1676, Abs. 2, 114). In diesen Fällen bleibt dem Vater die tatsächliche Fürsorge, zur Vertretung ist er nicht berechtigt. Diese steht vielmehr der Mutter zu und ihre Meinung geht vor (1676, 1678, 1685, 1686).

Ruht auch die elterliche Gewalt der Mutter wegen Minderjährigkeit (1696), so gilt das gleiche, was unter I c gesagt wurde. Die tatsächliche Fürsorge hat in diesem Falle auch der Vater, ausschlaggebend ist aber die Meinung des Vormunds.

Ruht auch die elterliche Gewalt der Mutter aus den anderen in 1676, Abs. 1 getroffenen Gründen, so liegt die tatsächliche Fürsorge beim Vater sowohl wie bei der Mutter. Bei Meinungsverschiedenheiten zwischen den beiden Eltern-

[1]) Opet-Blume a. a. O.

teilen oder zwischen einem Elternteil und dem Vormund gibt aber dessen Stimme den Ausschlag [1]).

Endlich ruht auch die elterliche Gewalt der Mutter wegen Geschäftsunfähigkeit, dann ist ein Vormund zu bestellen neben dem die tatsächliche Fürsorge in den Händen des Vaters liegt. Die Meinung des Vormunds geht aber vor.

Umgekehrt besitzt der Vater die volle elterliche Gewalt und es ruht nur die der Mutter aus den Gründen des 1676 II, so ändert das an der Rechtsstellung der beiden Elternteile während der Ehe gar nichts.

III. Tatsächliche Verhinderung.

Die elterliche Gewalt des Vaters ruht, wenn von dem Vormundschaftsgerichte festgestellt wird, daß der Vater auf längere Zeit an der Ausübung der elterlichen Gewalt tatsächlich verhindert ist.

Das Ruhen endigt, wenn vom V.-G. festgestellt wird, daß der Grund nicht mehr besteht (1677).

Beispiele länger dauernder tatsächlicher Behinderung sind Krankheit, Verbüßen einer Freiheitsstrafe, unbekannter Aufenthalt, Forschungsreisen usw. Im übrigen muß der Gewalthaber an der Ausübung der elterlichen Gewalt „im ganzen“ behindert sein [2]); Behinderung nur hinsichtlich einzelner Angelegenheiten führt nicht zu einem Ruhen der elterlichen Gewalt, höchstens zur Bestellung eines Pflegers.

Bezüglich der Personensorge im Falle des 1677 gilt genau das gleiche, wie wenn die elterliche Gewalt des Vaters wegen Geschäftsunfähigkeit ruhen würde. Nur sind hier Beginn und Ende des Ruhens abhängig von der vormundschaftsgerichtlichen Feststellung.

Hat der Vater in Unkenntnis davon, daß das Ruhen seiner elterlichen Gewalt vom V.-G. festgestellt wurde [3]), als Vertreter des Kindes rechtsgeschäftlich gehandelt, so sind diese Geschäfte vollgültig. 1682 Abs. 2 statuiert den Schutz des gutgläubigen Dritten.

§ 24.

Beendigungsgründe der elterlichen Gewalt.

1. Verwirkung.

Der Vater verwirkt die Personensorge, wenn er wegen eines an dem Kinde verübten Verbrechens oder vorsätzlich verübten Vergehens zu Zuchthausstrafe oder zu einer Ge-

[1]) Staudinger, Bem. 4 zu 1698. [2]) Planck, Bem. 1 d zu 1677. Staudinger, Bem. 1 c zu 1677. [3])

fängnisstrafe von mindestens sechs Monaten verurteilt wird. Wird wegen des Zusammentreffens mit einer anderen strafbaren Handlung auf eine Gesamtstrafe erkannt, so entscheidet die Einzelstrafe, welche für das an dem Kinde verübte Verbrechen oder Vergehen verwirkt ist (1680).

„Es handelt sich hier um eine familienrechtliche Strafe; der Gewalthaber hat durch schwere strafbare Handlungen die natürliche Grundlage der elterlichen Gewalt zerstört und sich des Vertrauens unwürdig gezeigt, welches das Gesetzbuch durch Uebertragung der elterlichen Gewalt in ihn gesetzt hat.“ [1]) Der im übrigen klare Wortlaut des Gesetzes hat lediglich zu Zweifeln darüber Anlaß geboten, was unter einem „an dem Kinde“ verübten Verbrechen oder Vergehen zu verstehen ist. Nachdem aus dem Wortlaut selbst irgend eine Einschränkung nicht abzuleiten ist wird man sagen müssen: Jedes in die Rechtssphäre des Kindes eingreifende Verbrechen oder Vergehen [2]) führt zur Verwirkung. Es muß ein Rechtsgut des Kindes, nicht etwa ein öffentliches Rechtsgut verletzt werden; und es genügt nicht jede Handlung, durch die das Kind irgendwie benachteiligt oder betroffen wird [3]). Warum also Vermögensdelikte nicht unter 1680 fallen sollen [4]), ist nicht einzusehen.

Die Verwirkung der elterlichen Gewalt tritt mit der Rechtskraft des Urteils ein (1680 Abs. 2) und ist damit eine entgültige. Die Personensorge tritt auch dann nicht wieder ein, wenn der Vater als unschuldiger Teil nach 1635 die Personensorge erhalten sollte. Nur die eine Möglichkeit ist denkbar, daß das erste Urteil im Wege der Wiederaufnahme aufgehoben würde. Dann erhält der Vater die Personensorge wieder und zwar mit rückwirkender Kraft [5]). Das erste Urteil war zum Nachteil des angeklagten Vaters ohne dessen Verschulden ergangen, es wäre unbillig, ihm deshalb für die ganze Zwischenzeit die elterliche Gewalt zu nehmen [6]). Doch bleiben die vom Zwischenvertreter abgeschlossenen Geschäfte giltig [7]).

Selbstverständlich verwirkt der Vater die Personensorge nur gegenüber dem Kinde, an dem er sich vergangen hat. Doch ist damit in der Regel dann ein Fall gegeben, der das Vormundschaftsgericht berechtigt dem Vater auf Grund des 1666 die Personensorge auch über die anderen

---

[1]) Opet-Blume, Bem. 1 zu 1680. [2]) Staudinger, Bem. 2b zu 1680. [3]) Knitschky, S. 240. [4]) Wie ausgesprochen ist in Rspr. d. O. L. G. Bd. V, S. 187. [5]) So Staudinger, Bem. 4 zu 1680. Dernburg, S. 297. Crome, S. 542. A. A. Reichsgerichtsräte, Bem. 2 zu 1680. Opet, S. 295. [6]) Das hat Bedeutung für die vermögensrechtliche Seite der elterlichen Gewalt (die in der Zwischenzeit gezogenen Nutzungen!) [7]) Crome a. a. O. Staudinger a. a. O.

Kinder zu nehmen. Mit der Personensorge verliert der Vater auch das Recht des persönlichen Verkehrs [1]). Das ergibt sich in Konsequenz der früher begründeten Ansicht. Im Falle der Ehescheidung bleibt dem von der Fürsorge ausgeschlossenen Elternteil die Personensorge nur deshalb, weil Verfehlungen gegenüber dem Kinde meistens nicht vorliegen auf seiner Seite, während 1680 allen Anlaß bietet, das Recht auf Verkehr zu nehmen. Planck zieht also die Parallele zu Unrecht [2]). Ob ihm verständigerweise tatsächlich die Möglichkeit des Verkehrs gegeben wird, ist eine andere Frage; es gelten hier die gleichen Ausführungen, die oben bei der Adoption gemacht worden sind.

Hat der Vater die elterliche Gewalt verwirkt, so steht sie nicht der Mutter zu. Das folgt aus 1684, Abs. 1, Ziff. 2. Das wäre nach den Motiven bei der Abhängigkeit der Mutter vom Vater und dem Einfluß, den der letztere seiner ganzen Stellung nach auf die Mutter ausübt, bedenklich [3]). Dagegen hat die Mutter neben dem Vormund nach 1698 die gleiche Rechtsstellung wie nach 1634 neben dem Vater.

Verwirkt während bestehender Ehe nur die Mutter die Personensorge, so liegt die volle elterliche Gewalt allein in den Händen des Vaters.

2. Verwirkung nach 1771 B. G. B.

Wer einen anderen an Kindesstatt angenommen hat, darf mit ihm eine Ehe nicht eingehen, solange das durch die Annahme begründete Rechtsverhältnis besteht (1311). Wird trotzdem eine Ehe geschlossen, so können unmöglich das durch die Adoption geschaffene Kindesverhältnis und das Eheverhältnis zugleich nebeneinander bestehen. Ist diese Ehe gültig, so endigt das Adoptionsverhältnis. Ist die Ehe nichtig oder anfechtbar und angefochten, so verwirkt der eine Ehegatte die elterliche Gewalt, sofern sie ihm überhaupt zusteht, über den anderen (1771 Abs. 1, Satz 1). Doch gilt diese Vorschrift nicht für die Nicht-Ehe (Satz 2).

Selbstverständliche Voraussetzung ist aber, daß nur eine Person ein Kind adoptiert hat oder daß ein Kind von einem Ehepaar gemeinschaftlich adoptiert wurde, ein Elternteil tot ist und der überlebende den oder die Adoptierte heiratet. Mit der Verwirkung tritt Verlust der tatsächlichen und rechtlichen Fürsorge für die Person ein. Die leiblichen Eltern erlangen lediglich die tatsächliche Fürsorge nur unter den Voraussetzungen des 1765 Abs. 2. Liegen

[1]) A. A. übereinstimmend die herrschende Meinung. [2]) Bem. 1 a zu 1680. [3]) Mot. IV. 755, 806.

diese aber nicht vor, so ist nach 1773 ein Vormund zu bestellen, dessen Rechte sich nach 1793 und 1800 bestimmen.

Praktisch dürfte die ganze Frage überhaupt nur für eine minderjährige adoptierte Tochter werden.

§ 25.

Beide Elternteile leben geschieden.

1. Scheidung wegen Geisteskrankheit.

§ 1635 enthält eine Sondervorschrift nur für die Fälle, in denen eine Ehe wegen Verschuldens des einen Elternteils geschieden wird. § 1569 ist in 1635 nicht genannt, es gelten also für die Scheidung wegen Geisteskrankheit die allgemeinen Vorschriften. Im Falle der Geisteskrankheit ruht die elterliche Gewalt des Vaters (1676 Abs. 1, § 104 Ziff. 2 und 3); es besteht auch keine Aussicht, daß der Grund des Ruhens wegfallen werde; denn schon die Scheidung wegen Geisteskrankheit verlangt, daß jede Aussicht auf Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft ausgeschlossen sei. Es liegen demnach die Voraussetzungen des § 1685 Abs. 2 vor. Entweder stellt nun die Mutter den Antrag beim Vormundschaftsgericht es solle ihr die Ausübung der elterlichen Gewalt übertragen werden. Diesem Antrag muß entsprochen werden und die Mutter erhält dann Personensorge im Umfange des 1686 d. h. tatsächlich und rechtlich. Oder sie stellt den Antrag nicht, dann muß ein Vormund für die Kinder bestellt werden, neben dem die Mutter nach 1689 die gleiche rechtliche Stellung hat, wie nach 1634 neben dem Vater.

Wird die Ehe wegen Geisteskrankheit der Mutter geschieden, so liegt die gesamte Personensorge in den Händen des Vaters allein.

2. Scheidung wegen Verschuldens.

„Der Grundanschauung des Gesetzes nach steht die elterliche Gewalt, wenn beide Eltern des Kindes leben, beiden gemeinschaftlich zu; hieran wird auch nichts dadurch geändert, daß die Ehe der Eltern geschieden ist. Aber das Wohl des Kindes fordert, daß eine Verteilung der Ausübung der e. G. stattfindet“ [1]).

Diese Verteilung regelt 1635:

Ist die Ehe aus einem der in den 1565 bis 1568 bestimmten Gründen geschieden, so steht, solange die geschie-

[1]) Opet-Blume, Bem. 1 zu 1635.

denen Ehegatten leben die Sorge für die Person des Kindes, wenn ein Ehegatte allein für schuldig erklärt ist, dem anderen Ehegatten zu; sind beide Ehegatten für schuldig erklärt, so steht die Sorge für einen Sohn unter sechs Jahren oder für eine Tochter der Mutter, für einen Sohn, der über sechs Jahre alt ist, dem Vater zu . . . . . .

Das Recht des Vaters zur Vertretung des Kindes bleibt unberührt.

Die Regelung nach 1635 tritt ein mit der Rechtskraft des Scheidungsurteils, nicht bereits mit der Erlassung desselben [1]). Der Scheidung steht gleich die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft (1586). Dem klaren Wortlaut des Gesetzes nach gilt die Regelung des 1635 nur solange, als die geschiedenen Ehegatten leben und selbstverständlich auch nur solange als die Ehegatten geschieden leben [2]). Auch die Tatsache, daß sich die geschiedenen Ehegatten anderweitig wieder verehelichen, ändert an der Regel des 1635 nichts.

Schwierigkeiten ergeben sich nur dann, wenn Verwirkung, Entziehung nach 1666 und Ruhen der elterlichen Gewalt — letzteres bei Verschiedenheit der Gründe des Ruhens mit verschiedenen Folgen — bei Rechtskraft des Scheidungsurteils bereits vorliegen oder wenn sie nachträglich eintreten. Dabei ergeben sich naturgemäß wiederum Unterschiede je nachdem diese Voraussetzungen auf Seite des Schuldigen oder auf Seite des Unschuldigen vorliegen.

1. Die Verwirkung.

Hat die Mutter zur Zeit der Rechtskraft des Scheidungsurteils die elterliche Gewalt über alle Kinder verwirkt, so erhält die gesamte Personensorge — ganz gleichgültig, wen das Verschulden an der Scheidung trifft — der Vater. Hat sie die elterliche Gewalt nur über ein Kind verwirkt und über die anderen nicht, und wird sie als der unschuldige Teil erklärt, so erhält über dieses eine Kind die gesamte Personensorge der Vater und über die übrigen die Vertretung. Ueber diese letzteren behält die Mutter die tatsächliche Fürsorge.

Hat der Vater die elterliche Gewalt über alle seine Kinder bei Rechtskraft des Scheidungsurteils bereits verwirkt, so erhält von der Scheidung ab [3]) die Mutter die gesamte Personsorge rechtlich und tatsächlich. Dabei ist wiederum gleichgültig, wer im Scheidungsurteil für schuldig erklärt wird. Hat er die elterliche Gewalt nur über ein

[1]) Lizius, S. 23. [2]) Staudinger, Bem. 10 Abs. 2 zu 1635. [3]) Regelung der Personensorge vor der Scheidung, siehe § 24, 1.

Kind verwirkt, so gilt das gleiche. Hinsichtlich der übrigen Kinder bleibt es bei der in 1635 getroffenen Regelung.

Genau die gleichen Grundsätze gelten aber auch, wenn erst nach dem Scheidungsurteil ein Elternteil die elterliche Gewalt verwirkt. Es geht die volle elterliche Gewalt eo ipso über auf den andern [1]).

2. Ist die Personensorge gemäß 1666 einem Elternteil bei Eintritt der Rechtskraft bereits entzogen oder wird sie nachträglich entzogen, so gelten die gleichen Grundsätze wie sub 1. „Der Zweck des 1635 ist nicht darauf gerichtet dem einen Elternteil das Recht der Personensorge im Verhältnis zu den Kindern ein für allemal zu nehmen, sondern nur darauf sein Recht gegenüber demjenigen des anderen Ehegatten auf solange einzuschränken, als dessen besseres Recht besteht und dem Seinigen vorgeht. Beim Wegfall des dem einen geschiedenen Ehegatten gemäß 1635 zustehenden Personensorgerechts zufolge einer Maßregel aus 1666 muß hiernach (ebenso wie im Falle des Todes) der andere Ehegatte sein Elternrecht ohne weiteres in demselben Umfang wieder erlangen, in welchem jener es einbüßt“ [2])

3. Ruht beim Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsurteils die elterliche Gewalt des Vaters 1676 oder tritt nachträglich Ruhen aus den Gründen des 1676 auf Seite des Vaters ein: Ist der Vater für schuldig erklärt worden, dann kann er die ihm zustehende Vertretung nicht mehr ausüben; nach 1685 Abs. 2 muß der Mutter auf ihren Antrag die Ausübung übertragen werden. Für ihre elterliche Gewalt gilt dann 1686. Stellt sie diesen Antrag nicht, so ist gemäß 1773 ein Vormund zu bestellen und für ihre rechtliche Stellung gilt 1698.

Ist die Mutter für allein schuldig erklärt, dann übt zunächst niemand die elterliche Gewalt aus. Nimmt man aber an, daß bei Verwirkung der elterlichen Gewalt durch den Vater diese ohne weiteres auf die Mutter übergeht, so wird man ihr beim Ruhen der elterlichen Gewalt erst recht den Anspruch aus 1685 Abs. 2 zubilligen müssen [3]). Stellt sie den Antrag aber nicht, dann greift 1773 Platz, jedoch mit der Modifikation, daß ihm allein die gesamte Personensorge zusteht.

[1]) Vergl. zur Begründung dieser Ansicht das Kammergerichtsurteil vom 4. V. 1905. (Recht 1905. Seite 511). Ebenso Opet, S. 320. Falsch dagegen Staudinger, Bem. 4, Abs. 3 Schlußsatz zu 1635. [2]) Schmidt-Bardeleben, Steht die Sorge für die Person eines gemeinschaftlichen Kindes, wenn sie dem einen geschiedenen Ehegatten nach 1666 B. G. B. entzogen ist, dem anderen Ehegatten zu? Recht 1906, S. 994. [3]) Lizius, S. 35 mit dem gleichen Ergebnis.

Sind beide Eltern schuldig erklärt, so erleiden die vorstehend aufgeführten Grundsätze keine Aenderung.

Liegt auf Seite der Mutter Geschäftsunfähigkeit vor — der Geschäftsunfähigkeit steht hier wie im vorigen Fall gleich der Fall des 1677 — und ist sie für allein schuldig erklärt, so bleibt beim Vater die Personensorge, die Mutter hatte sie ja so wie so nicht. Ist der Vater allein schuldig, so wird er wohl die ganze Personensorge erhalten [1]), eine positive Vorschrift darüber besteht freilich nicht. Sind beide Teile schuldig, so gilt wiederum das gleiche.

II. Abteilung: Ein Elternteil ist tot.

§ 26.

Der Vater bezw. die Mutter stirbt.

I.

Wenn der Vater gestorben ist, so steht der Mutter die volle elterliche Gewalt zu (§ 1684, Abs. 1, Ziff. 1) und zwar im Umfange des 1686. Die Mutter hat demnach die tatsächliche und rechtliche Fürsorge für die Person des Kindes vorausgesetzt natürlich, daß nicht auch ihre elterliche Gewalt aus früher dargelegten Gründen ruht oder beendigt ist. Diese elterliche Gewalt steht der Mutter kraft eigenen Rechts zu, es geht nicht etwa das Recht des Vaters auf sie über im Sinne einer Rechtsnachfolge. Es kann infolgedessen dieser nicht etwa die elterliche Gewalt der Mutter irgendwie beschränken [2]) oder gar anordnen, daß ihr die elterliche Gewalt überhaupt nicht zustehen solle. Auch wenn ihr ein Beistand gesetzt ist, so ist sie trotzdem selbständige Inhaberin der Personensorge.

Nur eine Einschränkung erleidet das Recht der Mutter: wenn sie eine neue Ehe eingeht, verliert sie das Recht der Vertretung und behält nur die tatsächliche Fürsorge (1697, 1696).

Die Regel des 1684 Abs. 1, Ziff. 1 gilt ganz allgemein. Auch wenn die Ehegatten vorher geschieden von einander gelebt hatten und die Ehefrau der allein schuldige Teil war, so erhält sie trotzdem die volle elterliche Gewalt. Das folgt ohne weiteres aus dem Wortlaut des 1635, eine Vorschrift, die nur Geltung für sich beansprucht, „so lange die geschiedenen Ehegatten leben“.

---

[1]) Lizius, S. 37. [2]) Reichsgerichtsräte, Bem. 1 zu 1684.

Die Mutter erlangt ferner die volle elterliche Gewalt, wenn der Vater für tot erklärt ist (1684 Abs. 1, Ziff. 1). Mit dem Zeitpunkt, der als Zeitpunkt des Todes des Vaters gilt, beginnt die elterliche Gewalt der Mutter und endigt die des Vaters (1684 Abs. 2, 1679 Abs. 1). Lebt der Vater noch, so erlangt er die elterliche Gewalt dadurch wieder, daß er dem V.-G. gegenüber seinen hierauf gerichteten Willen erklärt, wozu er aber nicht verpflichtet ist [1]). „Selbstverständlich erlangt der Gewalthaber die elterliche Gewalt nur so, wie er sie haben würde, wenn er sie nicht durch die Todeserklärung verloren hätte [2])." Nirgends ist gesagt, daß er innerhalb einer bestimmten Frist diese Erklärung abgeben müßte [3]). Ist der Mann für tot erklärt, lebt aber noch und die Mutter hat sich inzwischen wieder verehelicht, dann gilt hinsichtlich der Personensorge 1637 und 1635.

Hat der Vater die elterliche Gewalt verwirkt und er stirbt oder er wird für tot erklärt, so steht jetzt nach 1684, Abs. 1, Ziff. 2 der Mutter die volle elterliche Gewalt zu, also tatsächliche und rechtliche Fürsorge. Die Gründe, aus denen zu Lebzeiten des Mannes ihr die volle Gewalt abgesprochen wird, sind jetzt weggefallen, die bestellte Vormundschaft endigt.

Wurde der Vater irrtümlich für tot erklärt, so ist ihm natürlich die Möglichkeit des 1679 Abs. 2 nicht gegeben. Denn Verwirkung bedeutet entgültigen Verlust.

Schließlich ist auch der Verlust der elterlichen Gewalt der Mutter im Falle des 1697 ein definitiver. Würde der irrtümlich für tot erklärte Ehemann nachträglich die elterliche Gewalt verwirken, so bleibt es bei der Regelung des 1697. Es gilt dann nicht etwa 1684 Abs. 1, Ziff. 2 [4]). Würde die zweite Ehe der Mutter wieder aufgelöst, so erlangt sie dadurch nicht das Recht der Vertretung. Lediglich die Tatsache, daß sie eine neue Ehe eingeht, begründet den Verlust; wie sich diese Ehe späterhin gestaltet, ist gleichgiltig [5]).

II.

Stirbt die Mutter, so ruht die gesamte Personensorge in den Händen des Vaters allein. Das gleiche gilt, wenn sie für tot erklärt wird. Geschah die Todeserklärung irrtümlich, so steht auch der Mutter die Möglichkeit des 1679, Abs. 2 offen. Daß sie nicht ohne weiteres die elterliche Gewalt wieder erlangt, folgt aus dem in 1686 ausgesproche-

[1]) Staudinger, Bem. 2 zu 1679. [2]) Opet-Blume, Bem. 3 zu 1679. [3]) Opet-Blume, Bem. 4 zu 1679. [4]) Staudinger, Bem. 1 c β zu 1684. [5]) Staudinger, Bem. 4 zu 1697.

nen Prinzip. Auch besteht die Möglichkeit, daß sich der Vater unterdessen wieder verehelicht hat. In Ansehung der Personensorge gilt dann 1637.

III. Abteilung.

§ 27.

Beide Elternteile sind tot.

Wenn minderjährige Kinder noch vorhanden sind, ist immer gemäß 1773 ein Vormund zu bestellen. Ein Unterschied ergibt sich nur insofern, als dann, wenn der zuletzt versterbende Elternteil die volle elterliche Gewalt hatte, ein Vormund neu zu bestellen ist; war dagegen aus irgend einem Grunde schon ein Vormund bestellt, dem die rechtliche Vertretung bereits zustand, so erhält dieser nunmehr auch noch die tatsächliche Fürsorge, also die gesamte Personensorge.

III. Abschnitt.

Die Träger der Personensorge kraft gerichtlicher Anordnung.

§ 28.

Voraussetzungen für ein gerichtliches Einschreiten.

Normalerweise steht die Personensorge beiden Elternteilen, einem Elternteil und dem Vormund, oder ersterem oder letzterem allein kraft Gesetzes zu. Die Regel ist, daß sie dann in bewährten Händen liegt, die gewissenhaft ihrer Aufgabe nachkommen. Es kann dem Staate nicht einerlei sein, wie die Träger der Personensorge kraft Gesetzes den ihnen nach dem Gesetze obliegenden Pflichten nachkommen. Denn das körperliche und geistige Wohl der Jugend bedeutet zugleich das künftige Wohl des Staates. Handeln also Eltern bezw. Vormund in Ansehung der Personensorge zum Nachteil des Kindes, so muß ihnen die Erziehung genommen und für eine Ersatzerziehung gesorgt werden, die anders als wie die elterliche Erziehung die Gewähr für eine gedeihliche Entwicklung des Kindes bietet, die freilich andererseits das fehlende Familienheim niemals ersetzen kann und wird.

Als Normen, die nach Reichs- und Landesrecht auf einen solchen teilweisen oder völligen Ersatz der Personensorge hinzielen, kommen die folgenden in Betracht:

1. § 1666 B. G. B. kennt drei Voraussetzungen für ein vormundschaftsgerichtliches Einschreiten:

a) „Der Vater mißbraucht das Recht der Sorge für die Person des Kindes." „Unter Mißbrauch des Personensorgerechts des Vaters ist dessen schuldhaft falscher rechts- oder zweckwidriger Gebrauch zu verstehen. Ein solcher kann sich daraus ergeben, daß der Vater unzulässige Mittel zur Einwirkung auf das Kind anwendet", also „im Wege eines rechtswidrigen Zwanges oder einer unlauteren verbotenen Beeinflussung auf das Kind einwirkt, selbst wenn der Zweck an sich nicht zu mißbilligen ist". Oder „der Vater verleitet das Kind zu rechtswidrigen Handlungen oder gebraucht sein Recht sonst in einer dem persönlichen Wohl des Kindes zuwiderlaufenden Weise" [1]). Es ist nicht richtig, wenn man den letzten Satz dieser Entscheidung negativ ausdrückt und wie Opet-Blume sagt [2]): „Jede Einwirkung auf die persönlichen Verhältnisse, die nicht das Wohl des Kindes zum Zwecke haben", sei schon Mißbrauch. M. E. ist damit der Begriff des Mißbrauchs zu weit gefaßt. Es ist ferner nicht korrekt, wenn ein Verhalten des Vaters nicht schon deshalb Mißbrauch sein soll, weil es dem Kinde schädlich ist [3]). Allerdings „solange das Tun und Lassen des Vaters von dem erkennbaren Willen der Fürsorge, bei Wahl von zu billigenden ethischen Rücksichten beherrscht ist, selbst wenn die ergriffenen Maßregeln falsch und möglicherweise gefahrbringend waren, liegt noch keine Verletzung der Fürsorgepflicht vor" [4]). Ganz abgesehen von dem Schutze, den die Mutter nach 1354 gegen ein solches objektiv falsches Verhalten des Vaters hat (vergl. oben), liegt aber von dem Augenblick ab ein Verschulden vor, „wenn der Vater, trotzdem ihm das Verkehrte seiner Handlungsweise klar gemacht ist, aus Eigensinn dabei beharrt" [5]).

Dieser letzte Punkt führt zu der Frage, ob Mißbrauch im Sinne des 1666 objektiv oder subjektiv zu verstehen ist, m. a. W. ob 1666 ein Verschulden des Vaters voraussetzt oder nicht. Zunächst ist an sich vollkommen richtig, daß im Begriff Mißbrauch noch nicht der Begriff des Verschuldens liegt [6]). Unter Mißbrauch ist dem Wortsinn nach ein falscher nicht zu billigender Gebrauch zu verstehen,

[1]) Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts, Bd. 33. A S. 14. [2]) Opet-Blume, Bem. II 1 b α. [3]) Opet-Blume a. a. O. [4]) Neumann, Rechtsprechung zu 1627. [5]) Reichsgerichtsräte, Bem. 2 zu 1666. [6]) Opet-Blume, Bem. I zu 1666.

der sowohl ein rechtlich falscher (rechtswidriger) als auch ein sachlich falscher (zweckwidriger) sein kann [1]). Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit und der Zweckwidrigkeit kann fehlen. Voraussetzung des 1666 ist aber nicht bloß ein objektiv unrichtiger, sondern auch ein subjektiv falscher Gebrauch [2]). Das folgt einmal aus dem Sprachgebrauch des B. G. B. In 1666 heißt es „der Vater hat sich eines Verhaltens schuldig gemacht". Würde 1666 kein Verschulden voraussetzen, so würde die Gefährdung „verursacht" worden sein. Des weiteren aber folgt das aus der prinzipiellen Regelung des Elternverhältnisses zum Kinde. 1666 nimmt den Eltern nicht nur die Pflicht, sondern auch das Recht der Personensorge, bedeutet insofern also auch eine familienrechtliche Strafe, wie die Verwirkung. Strafe aber ohne Verschulden ist undenkbar. Opet-Blume hätte Recht, wenn 1666 lediglich den Schutz des Kindes statuieren würde; 1666 schützt das Kind nicht nur gegen Verwahrlosung, sondern auch gegen den Gewalthaber [3]).

Auch die beiden anderen Voraussetzungen des 1666 setzen ein Verschulden voraus, nicht nur das ehrlose oder unsittliche Verhalten wie Opet S. 203 will.

Wann der Vater sein Kind vernachlässigt, haben wir im einzelnen bei der Darstellung des Inhalts der Personensorge gesehen Es erübrigt sich deshalb hier nochmals darauf einzugehen.

Der Unterschied zwischen ehrlosem und unsittlichem Verhalten wird von Opet [4]) zutreffend dahin definiert: „ehrlos ist dasjenige Verhalten einer Person, das von ihren Klassengenossen wegen seines dem für diese Gesellschaftsschicht maßgebenden Ehrbegriff widersprechenden Charakters als unzulässig beurteilt wird", während „unsittlich ein Verhalten ist, das nach dem Moralurteil der Gesamtheit als unstatthaft verworfen wird".

b) Wenigstens eine dieser drei Voraussetzungen muß begründen eine Gefährdung des geistigen oder leiblichen Wohles des Kindes. Gefährdung setzt begrifflich nicht voraus eine schon eingetretene Schädigung, sondern „bei der weiteren Entwicklung der Dinge muß sich eine erhebliche Schädigung des geistigen oder leiblichen Wohles des Kindes mit ziemlicher Sicherheit vorhersehen lassen [5]". Wann im einzelnen die Gefährdung schon gegeben ist, ist Sache der Kasuistik; jedenfalls aber muß die vorliegende

[1]) Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts, Bd. 33 A S. 14. [2]) a. a. O. [3]) So Staudinger II zu 1666. Reichsgerichtsräte, Bem. 2. Crome, S. 537. Dagegen Endemann, S. 537. [4]) Opet. S. 203 und 204. [5]) Reichsgerichtsräte, Bem. 3.

Gefährdung vom Vormundschaftsgericht ausdrücklich festgestellt werden [1]).

2. Hat der Vormund die gesamte Personensorge, so ist auf seiner Seite gar kein Verschulden erforderlich. Hier ist ausschließlich das Wohl des Kindes maßgebend. 1838.

3. Nach § 55 St. G. B. kann der bei Begehung der Handlung noch nicht 12 Jahre alte wegen derselben nicht strafrechtlich verfolgt werden. Gegen denselben können jedoch nach Maßgabe der landesgesetzlichen Vorschriften die zur Besserung und Beaufsichtigung geeigneten Maßregeln getroffen werden. Die Unterbringung in eine Familie, Erziehungsanstalt oder Besserungsanstalt kann nur erfolgen, nachdem durch Beschluß des V. G. die Begehung der Handlung festgestellt und die Unterbringung für zulässig erklärt ist.

4. Nach § 55 St. G. B. ist ein Angeschuldigter, welcher zu einer Zeit als er das 12. aber noch nicht das 18. Lebensjahr vollendet hatte, eine strafrechtliche Handlung begangen hat, freizusprechen, wenn er bei Begehung derselben die zur Erkenntnis ihrer Strafbarkeit erforderliche Einsicht nicht besaß.

In dem Urteil ist zu bestimmen, ob der Angeschuldigte seiner Familie überwiesen oder in eine Erziehungs- oder Besserungsanstalt gebracht werden soll. . . .

5. Endlich ist kraft Vorbehaltes des Art. 135 E. G. zu B. G. B. die Zwangserziehung außer den Fällen der §§ 1666, 1838 zulässig, wenn sie zur Verhütung des völligen sittlichen Verderbens notwendig ist.

Das Landesrecht kann demnach auch den Eltern gegenüber, wie das Reichsrecht gegenüber dem Vormunde Zwangserziehung durchführen einzig und allein mit Rücksicht auf das Wohl des Kindes, selbst wenn die Eltern an der Verwahrlosung unschuldig sind.

§ 29.

Art und Inhalt des gerichtlichen Einschreitens.

I.

Unter den Maßnahmen, die das V.-G. anordnet und durchführt im Interesse des Kindes steht an erster Stelle die anderweitige Regelung der Personensorge nach 1635 abweichend von der vom Gesetz getroffenen Anordnung. Verwirkung und Ruhen der elterlichen Gewalt zur Zeit der

[1]) Vergl. die zitierte Entscheidung des Kammergerichts.

Scheidung sind auf die Regelung in 1635 nicht ohne Einfluß. Gerade in diesen Fällen kann das V.-G. nach 1635 Abs. 1 Satz 2 in weitem Maße zum Schutze des Kindes eingreifen.

„Die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßregeln" nach 1666 können verschiedenfache sein je nach dem Zwecke, dem sie dienen. Das V.-G. wird vorläufige und definitive Maßnahmen treffen. Es wird die Personensorge des Vaters beschränken, wenn die Ausübung derselben nur nach einer bestimmten Richtung hin eine Gefährdung des Kindes involviert [1]). Dann ist ein Pfleger zu bestellen (1909 Abs. 1 Satz 1). Die Stellung der Mutter neben ihm bemißt sich nach 1698. Oder das V.-G. kann dem Vater die gesamte Personensorge entziehen, oder nur die tatsächliche Fürsorge oder nur die Vertretung. Auch dann ist ein Pfleger zu bestellen, es kann aber auch die Unterbringung des Kindes zum Zwecke der Erziehung in einer geeigneten Familie, Erziehungsanstalt oder Besserungsanstalt angeordnet werden. Dann liegt die Personensorge in den Händen des Vorstandes der Familie bezw. der Anstalt. Diese letztere Unterbringung ist tatsächlich wohl Zwangserziehung, nicht juristisch. Denn unter Zwangserziehung im eigentlichen Sinn nach Landesrecht ist „nur die öffentliche unter der Aufsicht einer staatlichen oder kommunalen Behörde stattfindende Erziehung eines Minderjährigen" [2]) auf öffentliche Kosten zu verstehen.

II.

Damit ist zugleich die Frage erledigt, ob die Zwangserziehung nach Landesrecht der reichsgesetzlichen subsidiär ist oder neben ihr gleichberechtigt besteht [3]). Ob der Richter nach 1666 oder nach dem landesrechtlichen Zwangserziehungsgesetz vorgehen will, entscheidet sich lediglich nach den finanziellen Verhältnissen des Zwangszöglings, die nur in seltenen Fällen so glänzende sein werden, daß der Richter das reichsrechtliche Verfahren auf Kosten der Beteiligten wählen wird. „Daß die meisten Landesgesetze unter den Voraussetzungen, unter denen nach ihnen Zwangserziehung zulässig ist, die schon reichsrechtlich festgesetzten Fälle mit aufgenommen haben, hat seinen Grund hauptsächlich darin, daß diese Landesgesetze die Kosten der von ihnen geregelten Zwangserziehung öffentlichen Verbänden überbürden" [4]). Diese Zwangserziehung ordnet das V.-G. durch Beschluß lediglich an, die Durchführung obliegt der Verwaltungsbehörde.

[1]) Opet, S. 207. [2]) Best, im Recht 1904, S. 179. [3]) Best a. a. O., S. 181. [4]) Planck, Bem. 10 zu Art. 135 E. G. zu B. G. B.

Dabei ist schließlich noch die eine Frage zu erörtern, wem nunmehr tatsächliche Fürsorge und gesetzliche Vertretung zustehen. Die erstere liegt sicherlich in den Händen der Verwaltungsbehörde. Zwar deckt sich Sorge für die Person und Erziehung nicht ganz, allein die Zwangserziehung ist nur denkbar, wenn der Verwaltungsbehörde auch alle Hilfsrechte der Erziehungsgewalt zustehen. Fraglich ist, ob an den Bestimmungen über den gesetzlichen Vertreter etwas geändert ist. „Eine Veränderung der gesetzlichen Vertretung des Minderjährigen wäre in der Tat eine so wichtige Folge der Fürsorgeerziehung, daß diese, wenn sie hätte eintreten sollen ausdrücklich hätte ausgesprochen werden müssen [1].“

Die Verwaltungsbehörde wird also nicht gesetzlicher Vertreter des Minderjährigen. Das folgt übrigens auch daraus, daß in Art. 4 Abs. 3 unseres Zwangserziehungsgesetzes vom 10. Mai 1902 der gesetzliche Vertreter neben der Distriktsverwaltungsbehörde genannt wird. Wenn diese beiden ein und dieselbe Person wären, so würde niemals auch noch dem gesetzlichen Vertreter der Beschluß zugestellt werden müssen.

Ist die Distriktsverwaltungsbehörde nicht gesetzliche Vertreterin, so sind die Verträge über Erziehung, die Lehrverträge usw. nur so zu konstruieren, daß die Verwaltungsbehörde sie im eigenen Namen abschließt [2]).

Endlich ist klar, daß neben der Zwangserziehung ein Recht auf Verkehr der Eltern mit dem Zwangszögling nicht geduldet werden kann. Das würde dem Zweck der Zwangserziehung widerstreiten. Verständiges Ermessen kann tatsächlich persönlichen Verkehr gestatten, es gelten hier die Worte der oben bei der Adoption über den persönlichen Verkehr zitierten Entscheidung.

---

[1]) Horion, Beiträge zur Erl. d. deutschen Rechts. 47. Jahrgang, S. 71.
[2]) Horion a. a. O., S. 77.